الفقه

آية الله العظمى

الشيخ محمد الحسيني الشيرازي

(قدس سره)

كتاب الوديعة والعارية



دار العلوم

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحیم

الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آیت الله سید محمد حسینی شیرازی

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمی الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

موسوعه استدلاليه فی الفقه الاسلامی المجلد ۵۶

اشاره

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدیدآور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی/ المولف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم]: موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ریال(هرجلد)

يادداشت : افست از روی چاپ: لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ح۵ف۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص:۱

اشاره

الفقه

موسوعه استدلالیه فی الفقه الإسلامی

آیه الله العظمی

السید محمد الحسینی الشیرازی

دام ظله

کتاب الودیعه _ العاریه

دار العلوم

بیروت لبنان

ص:۳

الطبعه الثانيه

١٤٠٩ ه‍ ـ ـ ١٩٨٨م

دار العلوم ـ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريک، بئر العبد، مقابل البنک اللبنانی الفرنسی

کتاب الودیعه

اشاره

کتاب الودیعه

ص:۵

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:۶

والغالب أن يكون على أسلوب الشرائع.

وهى واحده الودائع، يقال: أودعته مالاً، أى دفعته إليه يكون وديعةً عنده، وأودعته أيضاً إذا دفع إليك مالاً يكون وديعه عندك فقبلتها، وهو من الأضداد، كذا قال بعضهم، لكن فيه نظر من وجوه:

الأول: ما ذكرناه فى بعض مباحث الفقه وغيره من أنه لا دليل على أنه يوجد فى اللغه ألفاظ أضداد، بل الماده إذا كانت واحده دلت على المعنى العام المطرد فى جميع الصيغ، مثلاً ـ قالوا: القرء بمعنى الطهر والحيض وهو من ألفاظ الضداد، لكن الظاهر أنه من قرء وهو الجمع، ومنه القراءه بجمع الكلمات فى اللفظ، وحيث إن فى كل من الحيض والطهر جمع للدم فى الأول وللرحم فى الثانى قيل لكل قرء، وهكذا سائر ألفاظ الأضداد.

الثانى: إن اختلاف اسم الفاعل والمفعول من الإيداع بالمودِع بالكسر والمودَع عنده بالفتح يدلعلى عدم صحه أن أودعته لكليهما وإلا لم يختلفا فى اسمى الفاعل والمفعول، فتأمل.

الثالث: إن تعريف الوديعه بواحده الودايع دورى كما هو واضح، اللهم

إلاّ إذا أريد التقريب إلى الذهن، كما يكثر ذلك فى اللغه حيث لا يجدون علاجاً إلا عن مثل ذلك فى التعاريف.

ثم حيث إن الماده فى الوديعه والوداع واحده فالجامع ذهاب إنسان وترك شىء من كلام أو بضاعه أو نحوهما عند المفارق عنه، ولذا إذا ذهب ولم يقل له شيئاً لا يقال ودّعه، والإنسان الوديع لسكون ريحه كأن الريح وديعه عنده لا يتصرف فيها بخلاف المهتاج، وتاء الوديعه كتاء الوثيقه باعتبار الموصوف الذى هو العين.

المعاطاه فى الوديعه

وعلى أى حال، فقد قال فى الشرائع: (والنظر فى أمور ثلاثه:

الأول: فى العقد وهو استنابه فى الحفظ).

أقول: حيث إن الوديعه بمعنى العين فقولهم: كتاب الوديعه، يراد به الكتاب المتعرض للعقد أو للمعنى الصادر من المودع، أو للمعنى الصادر من المستودع عنده، أو للحقيقه الاعتباريه المتحققه بينهما، وحيث قد ألمعنا إلى مثل ذلك فى كتاب البيع فلا داعى إلى تكراره، لكن الظاهر أنهم يريدون المعنى الأخير، فتفسيره بالاستنابه لا بد أن يراد به الاستنابه المتعقبه بالقبول، وإلاّ فصرف المعنى المتحقق من المودع دون قبول المستودع لا يطلق عليه فى العرف الوديعه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر قائلاً: (الظاهر كون لفظ الوديعه كلفظ البيع والصلح والإجاره ونحوها، فيأتى البحث حينئذ فى أنها أسماء للعقود أو لآثارها وغاياتها المترتبه عليها، أو للمعنى الصادر من الموجب وهو النقل فى البيع والاستنابه فى الحفظ هنا ... والأصح الأخير، أو أن مرجع الجميع إلى معنى واحد) ((١)).

والظاهر تحققها باللفظ وبالمعاطاه المتحققه بالفعل أو الإشاره أو الكتابه، لما ذكرناه فى كتاب البيع من الدليل بعد وحدته فى المقامين، بل فى سائرأقسام العقود أيضاً، كما ألمعنا إليه هناك.

١- جواهر الكلام: ج٢٧ ص٩٦

ومنه يعلم وجه النظر فی قول الجواهر: (قد ذكرنا فی بعض المباحث((١)) أن بعضهم ادعی حصول هذه الأسماء بواسطه العقد وغيره، فالبيع مثلاً ـ يحصل بالعقد وغيره وهو المسمی فی عرفهم بالمعاطاه، والظاهر أن الأمر هنا عنده كذلك لاشتراكهما فی دعوی السيره القطعيه علی وقوعها بغير العقد علی أنها وديعه، وإن كان قد يقال بل يقوی إن ما يقع بغير ما ذكروه من عقدها المتوسع فيه وفی غيره من العقود الجائزه أمانه لا ـ وديعه بحيث يجری عليه حكمها المختص بها كقبول دعوی الرد فيها ونحوه وإن كان يطلق عليه اسم الوديعه تسامحاً، أو لعدم تمييز بين العنوانات الشرعيه، نحو إطلاقهم اسم البيع علی إباحه العين من كل وجه بعوض عنها كذلك. ثم إن الظاهر من تعريفهم العقد اختصاص مسماه بالألفاظ دون الأفعال، والمركب منها ومن الأقوال، لكن قد يظهر من المصنف وجماعه بل هو صريح بعضهم تحقق العقد الجائز بالإيجاب اللفظی والقبول الفعلی، ولم نجد له شاهداً، فإن المتعارف من لفظ العقد تركيبه من الإيجاب القولی والقبول القولی وألفاظهما هی المسماه بصيغ العقود، نعم لا ينكر تحقق اسم الأمانه مثلًا بالمفروض وبغيره من الفعلين، وذلك لا يقتضی تحقق اسم العقد بل ولا اسم الوديعه)((٢)).

ثم إن الوديعه من العقود لا الإيقاعات، بخلاف الإذن الذی هو إيقاع من طرف واحد ويبطل بإبطال الإذن، فإنه إذا كان من باب الإذن ورفضه الطرف لم يسقط الإذن، بخلاف ما إذا كان عقداً.

وربما يطلق الوديعه علی ما يأخذه الإنسان بإذن الشارع، لكن ذلك ليس من العقد فی شیء، كما أنه إذا أخذه الإنسان لا بإذن الشارع ولا ـ إذن المودع كالغصب أيضاً يطلق عليه الوديعه، لاعتبار أنه أمانه عنده، فالوديعه فی هذين المقامين بمعناها اللغوی، وكون الوديعه المذكوره فی هذا الكتاب عقداً

١- فی الجواهر: (وقد ذكر هناك)

٢- جواهر الكلام: ج٢٧ ص٩٦_ ٩٧

یشهد له العرف، فإن کلًا من العقد والإیقاع ـ مما جعل الشارع له أحکاماً عامه لکل عقد بمثل (أوفوا بالعقود)[(۱)] أو لکل ... إیقاع ـ موضوعه یؤخذ من العرف وأحکامه یؤخذ من الشرع.

ولذا قال فی الجواهر: لا خلاف ممن یعتد به ولا إشکال فی اعتبار إنشائیه الربط بین الإیجاب والقبول فی الودیعه مثلًا، سواء کانت بالأقوال أو الأفعال نحو البیع والصلح والإجاره وغیرها من العقود لا أنها من الإذن والإباحه التی لم یلحظ فیها الربط بین القصدین والرضا من الطرفین نحو إباحه الطعام.

ثم إن الشرائع قال: (ویفتقر إلی إیجاب وقبول).

أقول: لکنا ذکرنا فی کتابی البیع والنکاح إمکان الإیجابین، فإن کل واحد منهما ینشئ إنشاءً مرتبطاً بالإنشاء الآخر، سواء کان فی عرض واحد أو فی الطول، کالتسالم باللفظ أو المصافحه بالید.

أما قوله بعد ذلک: (ویقع بکل عباره دلت علی معناه) فقد عرفت وجه ذلک فی بعض الکتب السابقه، لأنه لا دلیل علی عباره خاصه، سواء کان اللفظان حقیقیین أو مجازیین أو بالاختلاف.

وحیث لم یحتج إلی اللفظ أصلًا قال بعد ذلک: (ویکفی الفعل الدال علی القبول)، بل قد عرفت کفایه الفعل الدال علی الإیجاب أیضاً.

ولم یعرف وجه الغرابه والأغربیه الذی ذکرهما الجواهر بقوله: وظاهرهما الاکتفاء به فی تحقق العقدیه، قالوا لکونه أصرح من اللفظ ویجب به الحفظ والضمان مع سببه بخلاف القول.

وأغرب من ذلک ما عن بعضهم من الاکتفاء بنحو ذلک فی طرف الإیجاب قیاساً علی الوکاله التی لم یثبت فیها ذلک.

۱- سوره المائده: الآیه ۱

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المسالك أيضاً حيث قال: وأما الفعل فقد عرفت أنه يجب معه الحفظ سواء تحققت به الوديعه أم لا نظراً إلى ثبوت حكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلى هنا انما يجب حفظها لا انها تصير وديعه شرعيه.

ثم إن كفايه الإيجاب بالفعل صرح به فى مجمع البرهان والكفايه والرياض كما فى مفتاح الكرامه، وحكاه فى الدروس عن التذكره، بل مقتضى ما ذكرناه كفايه كل شيء دال عليهما من قول أو فعل أو كتابه أو إشاره أو غير ذلك، والذى منه أنه لو قال: أودعنى دابتك، فأرسل إليه الدابه، فإنه تعد وديعه لها أحكامها، لأن العرف يراها ذلك فيشملها الأدله.

أدله مشروعيه المعاطاه

ثم إن جماعه من الفقهاء ذكروا أن على مشروعيه الوديعه الأدله الأربعه:

وذكروا من الكتاب قوله سبحانه: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)((١)).

وقوله تعالى: (فليؤد الذى اؤتمن أمانته وليتق الله ربه)((٢)).

لكن فى المناهل قد يناقش فى دلاله الآيتين على المدعى بأن وجوب رد الأمانه لا يستلزم مشروعيه الوديعه وجوازها وإن كانت فرداً من أفراد الأمانه بوجه من الوجوه، وإلا لزم جواز الغصب لأن المغصوب أمانه يجب ردها فتأمل، وهو كما ذكره.

نعم دلاله السنه والإجماع والعقل عليها لا غبار عليها.

وقد روى العامه والخاصه أنه (صلى الله عليه وآله) كانت عنده ودائع لما كان فى مكه لأنهم يعدونه أميناً صادقاً فيستودعونه الأمانه حتى بعد إظهاره النبوه، فلما أراد الهجره قال لعلى (عليه السلام): ردها إلى أهلها، كما فى التواريخ المشهوره((٣)).

كما أن العامه رووا عن أبى بن كعب، كما فى التذكره،

١- سوره النساء: الآيه ٥٨

٢- سوره البقره: الآيه ٢٨٣

٣- المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعه ح١٢

أن النبی (صلی الله علیه وآله) قال: «أدّ الأمانه إلی من ائتمنک ولا تخن من خانک»((1))، لکن الاستدلال بذلک فیه ما عرفت.

وکیف کان، فالروایات الناصه علی لفظ الودیعه والتی تدل علی لفظ الأمانه التی هی أعم کثیره:

فعن الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «صاحب الودیعه والبضاعه مؤتمنان»((2)).

وعن زراره قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن ودیعه الذهب والفضه، قال: فقال: «کل ما کان من ودیعه ولم تکن مضمونه لا تلزم»((3)).

إلی غیرهما.

أما الروایات الداله علی لفظ الأمانه فهی فوق حد التواتر:

فعن أبی کهمس، قال: قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): عبد الله بن أبی یعفور یقرؤک السلام، قال: «وعلیک وعلیه السلام، إذا أتیت عبد الله فأقرأه السلام وقل له: إن جعفر بن محمد یقول لک: انظر ما بلغ به علی (علیه السلام) عند رسول الله (صلی الله علیه وآله) فأمزمه، فإن علیاً (علیه السلام) إنما بلغ ما بلغ به عند رسول الله (صلی الله علیه وآله) بصدق الحدیث وأداء الأمانه»((4)).

وعن إسحاق بن عمار وغیره، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «لا تغتروا بکثره صلاتهم ولا بصیامهم، فإن الرجل ربما لهج بالصلاه والصوم حتی لو ترکه استوحش، لکن اختبروهم عند صدق الحدیث وأداء الأمانه»((5)).

وفی روایه أخری: قال أبو عبد الله (علیه السلام): «لا تنظروا إلی طول رکوع الرجل وسجوده فإن ذلک شیء اعتاده، فلو ترکه استوحش لذلک، ولکن انظروا إلی صدق حدیثه وأداء أمانته»((6)).

1- المستدرک: ج2 ص504 الباب 1 من الودیعه ح12
2- الوسائل: ج13 ص227 الباب 4 من الودیعه ح1
3- الوسائل: ج13 ص227 الباب 4 من الودیعه ح 4
4- الوسائل: ج13 ص218 الباب 1 من الودیعه ح1
5- الوسائل: ج13 ص218 الباب 1 من الودیعه ح2
6- الوسائل: ج13 ص218 الباب 1 من الودیعه ح3

وعن حنان بن سدير، عن أبيه، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: قال أبو ذر: سمعت رسول الله (صلی الله علیه وآله) یقول: «حافتا الصراط یوم القیامه الرحم والأمانه، فإذا مر الوصول للرحم المؤدی للأمانه نفذ إلی الجنه، وإذا مر الخائن للأمانه القطوع للرحم لم ینفعه معهما عمل وتکفأ به الصراط فی النار»((1)).

إلی غیرها من الروایات الکثیره.

قال فی الشرائع: (ولو طرح الودیعه عنده لم یلزمه حفظها إذا لم یقبلها).

أقول: وهو مقتضی القاعده، لأن الودیعه إما شرعیه وإما مالکیه، والودیعه الشرعیه فی المقام لا دلیل علیها، والودیعه المالکیه عقد یتحقق بالإیجاب والقبول، فکما لا تتحقق الودیعه بالقبول بدون الإیجاب کذلک لا تتحقق بالإیجاب دون القبول، سواء کان القبول قولاً أو فعلاً أو کتابهً أو إشارهً أو ما أشبه ذلک، فإن لم یکن أی قبول لم تتحقق الودیعه.

ولا فرق فی عدم ضمان المطروحه عنده بین أن یترک الطارح الودیعه ویذهب، أو یبقی هناک، کما لا فرق فی عدم ضمان الطرف إذا لم یقبلها بین أن یقول أو یفعل شیئاً یزعم صاحب الودیعه أنه قبلها أو لا، لأن الزعم لا یؤثر فی الواقع.

ومنه یعلم وجه النظر فی قول المسالک حیث قال: (یأثم إن کان ذهابه بعد ما غاب المالک لوجوب الحفظ من باب المعاونه علی البر وإعانه المحتاج فیکون واجباً علی الکفایه).

فإن قوله ذلک إنما یصح فیما إذا حصلت الودیعه الشرعیه، لإیجاب الشارع الحفظ فی مثله لأهمیته لا مطلقاً، وعلیه فإشکال الجواهر علی المسالک مطلقاً غیر ظاهر، فإن الإشکال علی بعض صوره علی ما عرفت.

1- الوسائل: ج13 ص219 الباب 1 من الودیعه ح4

ثم حيث لم يـدل دليل على لزوم تحقق القبول بعـد الإيجاب فوراً، فإذا قبل الموضوع عنـده بعد مده صار بعد القبول وديعه، فإذا تلف بعضه قبل ذلک وبعضه بعد ذلک بالتفريط ضمن البعض الذی حصل التفريط فيه بعد القبول.

لا يشترط القبض فی الوديعه

والظـاهر عـدم اشتراط القبض فی تحقق الوديعه، وإنمـا القبول وحـده كـاف، سواء كـان قبولاًـ قوليـاً أو فعليـاً، بأقسـام الفعليه من الإشاره والكتابه وغيرهما، إذ لا دليل على أن القبض محقق للعقد، فالأصل عدمه.

وإذا أظهرالقبول لفظاً ثم قال: زعمت أنه هديه والقبول كان لها لا للوديعه، أو أخذها وقال بعد ذلک: إنه قبض ما زعمه هديه أو نحوها لا الوديعه، كان القول قوله لأنه أعلم بنيته، وليس عليه إلّا اليمين فی مقام التنازع.

تحقق الوديعه بالفعل

ولو قبلها بزعم أنه هـديه ثم قال المالک إنه وديعه، فاللازم أن يردها عليه لا أن يتركها وشأنها حتى يتلف لدليل «على اليد»، فإنه مطلق فی كـل يـد تحققت، سواء كـان بزعم الهـديه أو الهبه أو الوديعه أو الغصب أو غيرهـا إلاّـ ما خرج، ولا دليل على خروج... المقام حتى يكون تركها غير موجب للضمان.

ولو تركها عنـد نفرين فقبل أحـدهما ضـمن حصـته إن قصـد الحصه، وإن قصـد الكل فيما قصـد المودع الأعم ضـمن الكل تبعاً لكون الكل وديعه عنده.

ولو كانت الوديعه لاثنين فتركاها عند واحد فقبل ما لأحدهما دون الآخر، صار وديعه بالنسبه إلى المقبول دون غير المقبول.

ولو كان التارک طفلًا أو مجنوناً لم تتحقق الوديعه وإن قصد القبول، وإنما تكون أمانه شرعيه إن لمسها أو كان من الواجب عليه حفظها على ما تقدم.

ولو كان المودع عنـده صـغيراً أو مجنوناً أو ما أشـبه لم تتحقق الوديعه وإن قبلها، لما سـيأتی من اشتراط أن يكون كل واحـد من المودع والمستودع عنده

بالغاً عاقلاً.

قال الصادق (عليه السلام) كما في روايه الدعائم: «من أودع صبياً لم يبلغ الحلم وديعه فأتلفها فلا ضمان عليه»((١)).

إلى غير ذلك من الشرائط.

ومما ذكرناه يظهر وجه النظر في الأدله التي أقامها بعضهم، كما في المناهل وغيره، على وجوب الحفظ وأنه يصبح وديعه، مثل قولهم: إنه أحوط.

ومثل ما تمسك به في التذكره من أنه لو كان قادراً على الحفظ واثقاً بأمانه نفسه ولم يكن هناك غيره فالأقوى أنه يجب عليه القبول لأنه من المصالح العامه.

ومثل أن القبول إعانه على البر فيجب لعموم قوله تعالى: (تعاونوا على البر والتقوى)((٢)).

وأن ترك القبول إضرار بالغير، وهو غير جائز لعموم قوله (صلى الله عليه وآله): «لا ضرر ولا ضرار»((٣)).

وأن العمومات الداله على وجوب قضاء حاجه المؤمن يشمل المقام خرج منها بعض الأفراد، ولا دليل على خروج محل البحث منها، فيبقى مندرجاً تحتها.

إلى غير ذلك من الوجوه الضعيفه التي لا تتمكن مقاومه تسلط الناس على أنفسهم، وأن الغير لا يتمكن من خرق هذه السلطه إلّا بدليل شرعي وهو مفقود في المقام.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو أكره على قبضها لم تصر وديعه ولا يضمنها لو أهمل) وهو كما ذكره، وقد ذهب إلى ذلك كل من النافع والقواعد والإرشاد والتحرير واللمعه والروضه والمسالك ومجمع الفائده والكفايه وغيرهم، على ما حكى عن بعضهم، لأن شرط صحه الوديعه القبول اختياراً للأدله العامه، بل عن الرياض نفي الخلاف فيه، وذلك لأنه لا يتحقق (عقودكم) المستفاد من قوله سبحانه:

١- المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعه ح٤

٢- سوره المائده: الآيه ٢

٣- الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من كتاب إحياء الموت ح٣ و٥

(أوفوا بالعقود)((۱)) إلّا بالاختيار، وإلا لجرى مثل ذلک فی جميع العقود والإيقاعات وهو مقطوع العدم.

هـذا بالإضافه إلى دليـل رفع الإكراه وغيره، كما لأنه لو أكره المودع على الإيـداع وهو لا يريـده لا يتحقق بـذلك الوديعه، وإن ادعى أحدهما الإكراه فليس عليه إلّا اليمين، لأنه أعلم بنيته وقصده.

ثم إن المسالک قال: (يجب تقييـده _ ما فی المتن _ بما إذا لم يضع يـده عليها بعـد زوال الإكراه مختاراً، فإنه حينئـذ يجب عليه الحفـظ باليـد الجديـده وإن لم يجب بالإـكراه، وهل تصـير بـذلک وديعه أم أمانه شـرعيه، يحتمل الأول لأن المالک قـد أذن له واسـتنابه فی الحفظ، غايته أنه لم يتحقق معه الوديعه لعـدم القبول الاختياری وقد حصل الآن، والمقارنه بين الإيجاب والقبول غير لازمه، ومن إلغـاء الشارع ما وقع سابقاً فلا يترتب عليه أثر، ويشـكل بأن إلغاءه بالنظر إلى القابض لا بالنظر إلى المالک، ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختياراً بنيه الاستيداع وعدمه فيضمن على الثانی دون الأول إعطاءً لكل واحد حكمه الأصلی)((۲)).

لکـن مقتضـی القاعـده أنه إن بقی الإيجـاب وقصـد القبـول کـان وديعه مـالكيه، لتحقـق ركنی العقـد فيمـا نحن فيه، وإن لم يبق الإيجـاب ووضع يـده عليها باعتبار إرادته الغصب أو نحو ذلک كما إذا زعم أنه مات وهو وارثه فوضع يـده عليه باعتبار أنه إرثه أو ما أشبه ذلک فهو أمانه شرعيه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره فی الرياض حيث قال: (وكـذا لو أكره على القبض لم يضـمن مطلقاً إلا مع الإتلاف أو وضع يـده عليه بعد ذلک مختاراً فيضمن

۱- سوره المائده: الآيه ۱

۲- مسالک الأفهام: ج۵ ص ۸۰ _ ۸۱

حینئذ جداً لعموم الخبر المتقدم، وهل تصیر بذلک حینئذ ودیعه لا یجب ردها إلا مع طلب المالک أو من یقوم مقامه، أو أمانه شرعیه یجب إیصالها إلى المستحق فوراً وبدونه یضمن مطلقاً، وجهان)، إلى أن قال: (والأول لا یخلو من وجه وإن کان الثانی أوجه).

ثم لا فرق فی الإکراه بین المودع والمستودع، وبین أن یکون المکرِه بالکسر أحدهما أو الثالث، کما لا فرق بین الإکراه والإلجاء، نعم الاضطرار غیر مناف لتحقق الودیعه کعدم منافاته لتحقق سائر العقود، ولذا لو اضطر إلى بیع داره لمعالجه ولده صح البیع، لما ذکرناه فی بعض مباحث الفقه من أن الشارع لو رفعه فی أمثال المقام لزم جعل الشارع المضطر أکثر اضطراراً، وهو معلوم العدم لمنافاته للامتنان الظاهر من دلیل الرفع.

وعلى أی حال فإن کان المودِع مضطراً لم یکن دلیل على الوجوب على المستودع، نعم إذا کان شیئاً یرید الشارع حفظه وجب على المستودع عیناً أو کفایهً إذا کانوا جماعه.

ومنه یعلم وجه النظر فی قول المناهل حیث قال: (إذا أکره المودع المستودع على قبولها وکان المودع مضطراً إلى الإیداع فصرح فی الروضه بأنه یجب على المستودع إعانته علیه، فیجب علیه القبول والحفظ ویضمن بترکه ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بین صورتی انحصار من یصلح لحفظ الودیعه فی المستودع وعدمه وفیه نظر، بل الظاهر عدم الوجوب فی الصوره الأخیره، وأما الوجوب فی الأولى ففیه إشکال فلا ینبغی ترک الاحتیاط).

اللهم إلاّ إذا أراد الاحتیاط المستحب کما هو ظاهر قوله (لا ینبغی)، وإن کان الفقهاء یذکرون (لا ینبغی) فی مورد المنع وفی مورد الکراهه معاً حسب معناه اللغوی

الذی هو أعم منهما ومن المستحیل، کما قال سبحانه: (وما ینبغی للرحمان أن یتخذ ولدا)((۱)).

کما منه یظهر وجه النظر فی قول الجواهر: (لو کان المودع والمستودع مکرهین یجب علی المستودع حینئذ الحفظ باعتبار استیلاء الید لا لکونها ودیعه، بل قد یقال بوجوب الحفظ علیه من هذه الحیثیه حتی فی صوره إکراه المستودع أو المودع خصوصاً مع کون المکره أجنبیاً، وخصوصاً مع کون وجوب حفظ مال الغیر من المعاونه علی البر).

فإنه لم یعلم وجه الأصل ولا الخصوصیه بعد ما عرفت من رفع الإکراه وأن ذلک مناف لسلطنه الناس علی أنفسهم.

ولو قبل الودیعه ثم ادعی أنه کان مکرهاً فلم تحصل الودیعه المالکیه لم یقبل قوله، لأصاله الصحه فی العقود، إلا أن یثبت بالدلیل خلافه، کما هو کذلک فی سائر المعاملات، نعم لو علم من نفسه أنه کان مکرهاً صح علی نفسه ترتیب آثار الإکراه، وکذلک بالنسبه إلی کل من علم بذلک، ولو شک فی أنه کان مکرهاً حین أخذها أو لا فالأصل یقتضی الصحه، علی ما حقق فی کتاب البیع وغیره.

لو لم یتمکن من حفظ الودیعه

والظاهر اشتراط إمکان حفظ الودیعه، بأن یکون المستودع فی طاقته الحفظ، فلو أودعه مالاً فی محل اللصوص بحیث لا یتمکن من حفظه قطعاً، أو حیواناً فی المأسده بما لیس من طاقته الحفظ، أو أودعه مالاً فی محل السیل أو البرکان أو ما أشبه ذلک مما یتعذر الودیعه فی مثله لم یکن من الودیعه فی شیء، فلا یضمن، ولیس أمانه الشرعیه أیضاً لأن الشارع لا یکلف الإنسان فوق طاقته، قال سبحانه:

۱- سوره مریم: الآیه ۹۲

(لا یکلف الله نفساً إلّا وسعها)((۱))، وقال سبحانه: (ربنا ولا تحملنا ما لا طاقه لنا به)((۲)) .

أما إذا کان عسراً أو حرجاً وقد قبله فهو ودیعه مالکیه، لجواز أن یتحمل الإنسان العسر إلا إذا کان من العسر غیر الجائز تحمله، کما ذکروا تفصیل ذلک فی القسمین من الصوم حیث إنه إذا کان عسراً لا یجوز تحمله بطل وإن کان عسراً یجوز تحمله صح.

ومنه یعلم حال ما إذا کان القبول ضرریاً، حیث یفرق بین الضرر الحرام تحمله والضرر الجائز تحمله، فیکون فی الثانی ودیعه دون الأول.

وجوب حفظ الودیعه

ثم قال الشرائع: (وإذا استودع وجب علیه الحفظ).

والمراد به الاستیداع مع القبول کما هو واضح، إذ قد عرفت أنه بدون القبول لا یجب علیه شیء، کما أن ذلک إنما هو فیما إذا دخلت الودیعه تحت یده لا ما إذا أجری العقد فقط بدون تسلیم المودع الودیعه للمستودع، وقد صرح بوجوب الحفظ غیر واحد من الفقهاء کما حکی عن الغنیه والنافع والتبصره والإرشاد والقواعد والتحریر واللمعه والمسالک ومجمع الفائده والکفایه والریاض.

وفی الجواهر بلا خلاف أجده، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه، مضافاً إلی ما فی عدمه من الخیانه المحرمه کتاباً وعقلًا والسنه المتواتره وإجماعاً بقسمیه، وإلی کونه مقدمه لوجوب أداء الأمانه وردها إلی مالکها، ولا ینافی ذلک جواز الودیعه، فإن المراد ما دام مستودعاً، أو التخییر بینه وبین الرد إلی المالک.

قال سبحانه: (والذین هم لأماناتهم وعهدهم راعون)((۳)) .

۱- سوره البقره: الآیه ۲۸۶

۲- سوره البقره: الآیه ۲۸۶

۳- سوره المؤمنون: الآیه ۸

وروى الهمـداني، قـال: سـمعت أبا عبـد الله (عليه السـلام) يقول: «ثلاث لا عـذر لأحـد فيها: أداء الأمانه إلى البر والفاجر، والوفاء بالعهد للبر والفاجر، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين»((١)).

وعن عنبسه بن مصعب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) نحوه، إلّا أنه قال: «لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصه»((٢)).

وعن عمر بن أبي حفص، قـال: سـمعت أبـا عبـد الله (عليه السـلام) يقول: «اتقوا الله وعليكم بـأداء الأمانه إلى من ائتمنكم، فلو أن قاتل علي ائتمنني على أمانه لأديتها إليه»((٣)).

وعن أبي شـبل، قـال: قال لي أبو عبـد الله (عليه السـلام) ابتـداءً منه: «أحببتمونا وأبغضـنا الناس» إلى أن قال: «فاتقوا الله فإنكم في هدنه وأدوا الأمانه، فإذا تميز الناس ذهب كل قوم بهواهم وذهبتم بالحق ما أطعتمونا، فاتقوا الله وأدوا الأمانه إلى الأسود والأبيض وإن كان حرورياً وإن كان شامياً»((٤)).

وعن عبـد الله القرشـي، إن رجلًا قال لأبي عبد الله (عليه السـلام): الناصب يحل لي اغتياله، قال: «أد الأمانه إلى من ائتمنك وأراد منك النصيحه ولو إلى قاتل الحسين (عليه السلام)»((٥)).

وعن الحسين الشباني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: رجل من مواليك يستحل مال بني أميه ودماءهم وأنه وقع لهم عنـده وديعه، فقـال (عليـه السـلام): «أدوا الأمـانه إلى أهلهـا وإن كـانوا مجوسـاً فـإن ذلـك لاـ يكـون حـتى قيـام قائمنـا فيحل ويحرم»((٦)).

١- الوسائل: ج١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح١ وذيله و٢

٢- الوسائل: ج١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح١ وذيله و٢

٣- الوسائل: ج١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح١ وذيله و٢

٤- الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من الوديعه ح٣

٥- الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من الوديعه ح٤

٦- الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من الوديعه ح٥

وعن محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «أدوا الأمانه ولو إلى قاتل ولد الأنبياء»((۱)).

وعن الحسين بن أبى العلاء، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «إن الله عزوجل لم يبعث نبياً إلّا بصدق الحديث وأداء الأمانه إلى البر والفاجر»((۲)).

وعن عمار بن مروان، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام) فى وصيته له: «اعلم أن ضارب على (عليه السلام) بالسيف وقاتله لو ائتمننى واستنصحنى واستشارنى ثم قبلت ذلك منه لأديت الأمانه»((۳)).

وعن محمد بن القاسم، قال: سألت أبا الحسن يعنى موسى (عليه السلام)، عن رجل استودع رجلًا مالاً له قيمه والرجل الذى عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئاً ولا يقدر له على شىء والرجل الذى استودعه خبيث خارجى فلم أدع شيئاً، فقال لى: «قل له: يرد عليه فإنه ائتمنه عليه بأمانه الله»، قلت: فرجل اشترى من امرأه من العباسيين بعض قطائعهم فكتب عليها كتاباً أنها قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيها المال أم يمنعها، قال: «ليمنعها أشد المنع فإنها باعته ما لم تملك»((۴)).

أقول: وذيل الحديث غير الأمانه كما هو واضح.

وعن محمد بن على الحلبى قال: استودعنى رجل من موالى آل مروان ألف دينار فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير، فأتيت أبا عبد الله (عليه السلام) فذكرت ذلك له وقلت له: أنت أحق بها، فقال: «لا، إن أبى (عليه السلام) كان يقول: إنما نحن فيهم بمنزله هدنه، نؤدى أمانتهم ونرد ضالتهم ونقيم الشهاده لهم وعليهم، فإذا تفرقت الأهواء لم يسع أحداً المقام»((۵)).

۱- الوسائل: ج۱۳ الباب ۲ من كتاب الوديعه ح۶
۲- الوسائل: ج۱۳ الباب ۲ من كتاب الوديعه ح۷
۳- الوسائل: ج۱۳ الباب ۲ من كتاب الوديعه ح۸
۴- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۳ الباب ۲ من الوديعه ح۹
۵- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۳ الباب ۲ من الوديعه ح۱۰

وعن الأعمش، عن جعفر بن محمد (عليه السلام) فی حديث فی الأمانه، إلی أن قال: «دينهم الورع والصدق والصلاح والاجتهاد وأداء الأمانه إلی البر والفاجر وطول السجود وقيام الليل واجتناب المحارم وانتظار الفرج بالصبر وحسن الصحبه وحسن الجوار»((۱)).

وعن الحسين بن مصعب قال: سمعت الصادق جعفر بن محمد (عليه السلام) يقول: «أدوا الأمانه ولو إلی قاتل الحسين بن علی (عليه السلام)»((۲)).

وعن أبی حمزه الثمالی، قال: سمعت سيد العابدين علی بن الحسين بن علی بن أبی طالب (عليهم السلام) يقول لشيعته: «عليكم بأداء الأمانه، فو الذی بعث محمداً (صلی الله عليه وآله) بالحق نبياً لو أن قاتل أبی الحسين بن علی (عليه السلام) ائتمننی علی السيف الذی قتله به لأديته إليه»((۳)).

وفی حديث الأربعمائه، عن علی (عليه السلام) قال: «أدوا الفريضه والأمانه إلی من ائتمنكم ولو إلی قتله أولاد الأنبياء»((۴)).

إلی غيرها من الروايات الكثيره، وإن كان فی دلاله بعضها تأمل.

الوجوب النفسی أو الغيری

ثم الظاهر أن الوجوب غيری لا نفسی، لأنه هو المتفاهم عرفاً، فإذا لم يحفظ الأمانه لكنه أداها فی الوقت المناسب لم يفعل حراماً يزيل عدالته، بخلاف ما إذا قلنا بكونه واجباً نفسياً فإنه يكون عاصياً خارجاً عن العداله غير مقبول الشهاده ولا صالحاً للإمامه.

ومنه يظهر الإشكال فی إشكال المناهل فی المسأله حيث قال: (المسأله محل إشكال من إطلاق كلام الأصحاب بوجوب الحفظ ودعوی الإجماع والأصل فی

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۴ الباب ۲ من كتاب الوديعه ح۱۱
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۴ الباب ۲ من كتاب الوديعه ح۱۲
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۴ الباب ۲ من كتاب الوديعه ح۱۳
۴- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۴ الباب ۲ من كتاب الوديعه ح۱۴

الوجوب أن يكون نفسياً، ومن شيوع استعمال لفظ الوجوب فی کلامهم فی الشرطی بحيث صار من المجازات الراجحه المساوی احتمالها لاحتمال الحقيقه أو صار من الأفراد الشائعه التی لا ينصرف إليها الإطلاق، فلا يبقی لکلامهم ظهور فی إراده النفسی، فيبقی أصاله البراءه عنه المؤيده بخلو الأخبار وکلام الأصحاب عن الإشاره إليه سليمه عن المعارض، وکيف کان فالأحوط هو الأول).

ثم لو قلنا بأن الوجوب نفسی فلا دليل علی أن الترک من الکبائر، ويؤيد ما ذکرناه من الغيريه ما رواه الفقيه عن الحسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبی (صلی الله عليه وآله) فی حديث المناهی، أنه نهی عن الخيانه وقال: «من خان أمانه فی الدنيا ولم يردها إلی أهلها ثم أدرکه الموت مات علی غير ملتی، ويلقی الله وهو عليه غضبان، ومن اشتری خيانه وهو يعلم فهو کالذی خانها»((١)).

فإن قوله (صلی الله عليه وآله): «ولم يردها» مما هو تفسير لخان، ظاهر فی أن المعيار الرد، ويؤيده أن صدق الحديث الذی ذکر فی سياقه هو عباره عن الصدق واقعاً وعدم الصدق واقعاً لا عن غير ذلک، فالخيانه أيضاً مثل ذلک.

نعم ربما يقال إنه يصدق (خان) فيما إذا ترکها فی معرض الضياع، کما إذا أودع عنده فتاه فترکها عند الفسقه وإن لم ينالوها بسوء من باب الاتفاق، أو ترک الشاه المودعه عنده فی المذئبه، وهکذا.

ولا يخفی أن وديعه الإنسان أيضاً من جمله الودائع، فعن حفص بن قرط قال: قلت لأبی عبد الله (عليه السلام): امرأه بالمدينه کان الناس يضعون عندها الجواری

١- الوسائل: ج١٣ ص٢٢٥ الباب ٢ من کتاب الوديعه ح٢

فيصلحن وقلنا ما رأينا مثل ما صب عليها من الرزق، قال: «إنها صدقت الحديث وأدت الأمانه وذلك يجلب الرزق»((١)).

وعلى أى حال فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى قول المسالك: (من أن قبول الوديعه الذى يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجباً، كما إذا كان المودع مضطراً إلى الاستيداع، فإنه يجب على كل قادر عليها واثقاً بالحفظ قبولها منه كفايه، ولو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب، وفى هذين الفردين وجوب الحفظ واضح، وقد يكون مستحباً مع قدرته وثقته من نفسه بالأمانه وكون المودع غير مضطر، لما فيه من المعاونه على البر الذى أقل مراتب الأمر به الاستحباب وقضاء حوائج الإخوان، وقد يكون محرماً كما إذا كان عاجزاً عن الحفظ أو غير واثق من نفسه بالأمانه بما فيه من التعرض للتفريط فى مال الغير وهو محرم، ومثله ما لو تضمن القبول ضرراً على المستودع فى نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين ونحو ذلك، وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه).

إذ قد ظهر مما تقدم عدم استقامه الإطلاق فى الأمثله التى ذكرها وإن كان بعضها صحيحاً فى الجمله.

كما أن إطلاق قول الجواهر عليه بأنه (قد يناقش فى أصل الوجوب فيما فرضه لأصاله براءه الذمه من وجوب حفظ مال الغير) محل نظر، لأنه ربما يجب حفظ مال الغير فيما إذا كان مالاً كثيراً لا يريد الشارع ضياعه، وكذلك فيما إذا كانت الوديعه بنتاً أو ولداً حيث يجب حفظهما من الضياع والفساد.

١- الوسائل: ج١٣ ص٢١٩ الباب ١ من كتاب الوديعه ح۵

ومنه يعلم وجه الكلام فى قول مفتاح الكرامه: (قضيه إطلاق الفتاوى قاطبه أنه متى قبل وجب عليه الحفظ، سواء وجب عليه القبول عيناً أو كفايةً، أو استحب له، أو حرم عليه، كما إذا حرم عليه القبول لكونه لا يثق من نفسه وقد قبل، فوجوب الحفظ فى الأول ظاهر، وأما إن كان له فيه على نفسه أو غيره ضرر فإنه يجب عليه ردها، ولو أبقاها وفعل حراماً وجب عليه حفظها ولا يضمنها كالأمانه الشرعيه، كما إذا عرض الخوف بعد قبولها وبقائها عنده).

لا حاجه إلى قصد القربه

ثم لا يخفى أنه إن قصد القربه فى أخذ الأمانه وحفظهما أثيب، وإلا فلا يجب قصد القربه للأصل، بل فى المناهل ظهور الاتفاق على عدم وجوب قصد القربه، ولا يبعد ذلك لأنهم لم يتعرضوا لقصد القربه، بينما إذا كان واجباً تعرضوا له.

ثم قال فى المناهل: (لا يجب عليه الحفظ إلى أن يسترجع المالك، لأن له أن يردها عليه متى شاء، لأن الوديعه من العقود الجائزه، فهو واجب ما دامت عنده) وهو كما ذكره، نعم إذا كانت الوديعه ضمن شرط فى عقد لازم وجب.

ثم قال المناهل: (صرح فى المسالك والكفايه والرياض بأنه لا فرق فى وجوب الحفظ بين علم المودع بأن المستودع لا حرز له أو لا، فلو أودعه دابه مع علمه بأن المستودع لا اصطبل له، أو مالاً مع علمه بأنه لا صندوق له لم يكن عذراً، ويضمن مع عدم الحفظ) وهو جيد.

وصرح فى الأخيرين بأنه لا فرق فى ذلك بين الحرز المملوك للمستودع وغيره، وهو أيضاً جيد.

ولو حفظه فى مكان مغصوب فتلف من غير تعد ولا تفريط، فالأقرب عدم الضمان.

وفرعه الثانى والثالث واضح، أما فرعه الأول فيمكن أن يقال بعدم الضمان لأن المالك إذا علم بأنه لا حرز له فهو سبب عرفاً، فإذا كان أقوى من المباشر لم يكن عليه شيء، بل فى تحقق عقد الوديعه حينئذ تأمل، فإذا أودعه

فتاه وهو لا يتمكن من حفظها، وهناك فساق يأخذونها قهراً على أى حال، فهل يقال إنه خان فى الوديعه والأمانه، وهل يقال إن المستودع السبب، وكذلك المال والشاه فى محل السراق والمذئبه، وظاهر دليل اليد: اليد القادره لا اليد العاجزه.

ثم قال الشرائع: (ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط، أو أخذت منه قهراً).

وفى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى الأصل وقاعده الائتمان المعلوم من الكتاب والسنه والإجماع والعقل عدم استتباعها الضمان.

أقول: قد نقل هذا القول عن المراسم والغنيه والنافع والتحرير والتذكره والإرشاد والروضه ومجمع الفائده والرياض وغيرها، وقد استدلوا له بقوله سبحانه: (لا يكلف الله نفساً إلّا وسعها)((١))، وقوله سبحانه: (لا يكلف الله نفساً إلاّ ما آتاها)((٢))، وقوله سبحانه: (ما على المحسنين من سبيل)((٣)) .

بالإضافه إلى دليل العقل والإجماع الذى قد عرفت لعدم الخلاف فيه، وجمله من الروايات:

مثل ما عن التذكره حيث قال: هذا الحكم منقول عن على (عليه السلام) وابن مسعود وجابر ولم يظهر مخالف لهم.

وخبر الحلبى الموصوف بالحسن تاره، وبالصحه أخرى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان»((٤)).

وخبر زراره المتصف بالحسن والصحه أيضاً، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)

١- سوره البقره: الآيه ٢٨۶

٢- سوره الطلاق: الآيه ٧

٣- سوره التوبه: الآيه ٩

۴- الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ۴ من كتاب الوديعه ح ١

عن وديعه الذهب والفضه، قال: فقال: «كل ما كان من وديعه لم تكن مضمونه فلا يلزم»((۱)).

وخبر إسحاق بن عمار، الذی عده جمله من الفقهاء وغیرهم من الموثق، قال: سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن رجل استودع رجلاً ـ ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: الذی کانت عندی ودیعه، وقال الآخر: إنها کانت علیک قرضاً، قال: «المال لازم له إلّا أن یقیم البینه أنها کانت ودیعه»((۲)).

وروایه محمد بن مسلم الموصوفه بالصحه وغیرها، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: سألته عن الرجل یستبضع المال فهلک أو یسرق أعلی صاحبه ضمان، فقال: «لیس علیه غرم بعد أن یکون الرجل أمیناً»((۳)).

وصحیح الحلبی أو حسنه، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل استأجر أجیراً فأقعده علی متاعه فسرق: «هو مؤتمن»((۴)).

وعن التذکره، قال: روی العامه عن النبی (صلی الله علیه وآله) أنه قال: «لیس علی المستودع ضمان»، وقال: «من أودع ودیعه فلا ضمان علیه»((۵)).

وعن الجعفریات، بسند الأئمه (علیهم السلام) إلی علی بن أبی طالب (علیه السلام)، قال: قال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «لیس علی المستودع ضمان»((۶)).

وعن دعائم الإسلام، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «إذا أحرز الرجل الودیعه حیث یجب أن تحرز الودائع ثم تلفت أو سقطت منه قبل أن یحرزها أو ضلت

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۸ الباب ۴ من کتاب الودیعه ح۴
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۲ الباب ۷ من کتاب الودیعه ح۱
۳- انظر الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۸ الباب ۴ من کتاب الودیعه ح۵
۴- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۷ الباب ۴ من کتاب الودیعه ح۲
۵- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۴ من کتاب الودیعه ح۱
۶- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۴ من کتاب الودیعه ح۳

أو نسيها أو هلكت من غير خيانه منه عليها ولا استهلاك لها فلا ضمان عليه»((١)).

وعنه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين (عليهم السلام): إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «ليس على المستودع ضمان»((٢)).

وعنه (عليه السلام) إنه قال: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان»((٣)).

وعن أمير المؤمنين (عليه السلام) إنه قال: «ليس على المؤتمن ضمان»((٤)).

وعن جعفر بن محمد (عليه السلام) إنه قال: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان، والقول قول المودع إذا قال ذهبت الوديعه، وإن اتهم استحلف»((٥)).

ويؤيده مارواه الآمدى، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه قال: «أد الأمانه إذا ائتمنت ولا تتهم غيرك إذا ائتمنته، فإنه لا إيمان لمن لا أمانه له»((٦)).

أما قول الصادق (عليه السلام): «من استودع عبد أو وديعه فأتلفها فلا ضمان عليه»((٧))، فالظاهر أن المراد أن الإتلاف كان عنده لا أنه أتلفها، لأن الإتلاف يكون مضموناً بلا إشكال ولا خلاف.

لو تلفت من غير تعد ولا تفريط

أما الضمان مع التفريط أو التعدى فلا إشكال فيه ولا خلاف أيضاً، وهو مقتضى دليل اليد بعد أن الخارج ما إذا لم يخن، والتعدى والتفريط يعدان من الخيانه بلا إشكال.

هذا مضافاً إلى مكاتبه محمد بن الحسن إلى أبى محمد (عليه السلام)، قال: رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها فى منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه، فوقع (عليه السلام): «هو ضامن إن شاء الله»((٨)).

١- المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح١
٢- المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح٢
٣- المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح٣
٤- المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح٤
٥- المستدرك: ج٣ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعه ح١
٦- المستدرك: ج٣ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعه ح٧
٧- المستدرك: ج٣ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعه ح٥
٨- الوسائل: ج١٣ ص٢٢٩ الباب ٥ من كتاب الوديعه ح١

وفى صحيحه الفضل بن عبد الملك، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل رهن عنده آخر عبدين فهلك أحدهما أيكون حقه فى الآخر، قال: «نعم»، قلت: أو داراً فاحترقت أيكون حقه فى التربه، قال: «نعم»، قلت: أو دابتين فهلك إحداهما أيكون حقه فى الأخرى، قال: «نعم»، قلت: أو متاعاً فهلك من طول ما تركه، أو طعاماً ففسد، أو غلاماً فأصابه جدرى فعمى، أو ثياباً تركها مطويه لم يتعاهدها ولم ينشرها حتى هلكت، قال: «هذا نحو واحد يكون حقه عليه»((١))، كذا فى الفقيه.

ومن ذيل الحديث يتبين أن إصابه الجدرى الغلام كان بسببه، أو كان بإمكانه الدواء فلم يداو.

ومنه يعلم وجه النظر فى شبهه جامع المدارك فى التفريط حيث قال: (يمكن أن يقال: لا نسلم صدق الخيانه مع التفريط، فهل ترى أن من ترك نشر الثوب لحفظه لعدم القدره يكون خائناً معذوراً من جهه عدم القدره، أو ترى الفرق بين صوره القدره وعدمها فى صدق الخيانه).

هذا كله فى الوديعه العقديه.

أما الوديعه المغصوبه ونحوها فالظاهر الضمان وإن لم يتعد ولم يفرط، وذلك لصدق دليل اليد بدون شمول أدله الائتمان، كما إذا أخذ شاه الناس قهراً عليهم وحفظها لكن عقرباً لدغتها فماتت، أو خرب سقف المراح عليها فهلكت، حيث يصدق دليل اليد، ودليل عدم الضمان منصرف.

وإليه أشار الجواهر بقوله: (نعم لو كان هو الساعى فى أخذها قهراً منه، توجه الضمان حينئذ، لصدق الخيانه والتفريط معه، بل ربما ظهر من ثانى المحققين

١- الوسائل: ج١٣ ص١٢٨ الباب ٦ من كتاب الرهن ح١

الضمان بمجرد إخباره بها وإن لم يكن على وجه السعايه، ومن آخر ذلك أيضاً بإخبار اللص وإن لم يعين له مكانها إلاّ إذا صادفها اللص مصادفه، خلافاً لمحكى التذكره فلم يضمنه مع عدم تعيين المكان بخلاف ما إذا عينه)((1)).

ومنه يعلم وجه النظر فى قوله بعد ذلك: (والتحقيق الحكم ببراءه ذمه الأمين وخصوصاً الودعى مع الشك فى تحقق سبب الضمان، ولو للشك فى الاندراج تحت ما جعله عنواناً له من التعدى والتفريط، لأن عموم ما على اليد ونحوه مخصص بقاعده الائتمان، وبذلك حينئذ ظهر لك المعيار الذى يرجع عليه فى جميع هذه الأفراد وهو المراد من الفقيه تحريره لا ـ خصوص الجزئيات التى لا انضباط لمشخصاتها الحاليه وغيرها).

مع أنه نوع تدافع بين كلاميه حيث عنون أولاً أخذها قهراً منه، وثانياً قوله مخصص بقاعده الائتمان وليس هنا ائتمان.

ثم إن التعدى والتفريط أمران متقابلان، أما قول القواعد فى موجبات الضمان: (وينظمها شىء واحد وهو التقصير) فالظاهر أن مراده الأعم، وإلا فالتقصير بمعنى السلب لا يشمل التعدى بمعنى الإيجاب، وقد فهم مفتاح الكرامه ذلك منه حيث قال: (الوديعه تستتبع أمرين: الضمان عند التلف والرد عند البقاء، لكن الضمان لا يجب على الإطلاق، بل إنما يجب عند وجود أحد أسبابه وينظمها شىء واحد وهو التقصير، ولو انتفى التقصير فلا ضمان بالإجماع).

ولذا قال فى المناهل: (لا إشكال ولا شبهه فى أن المستودع يضمن بالتعدى أو التفريط، وقد صرح بضمانه بهما فى الشرائع واللمعه والروضه والكفايه والرياض، وقد صرح فيه بنفى الخلاف فى ذلك. والمراد بالتعدى مخالفه المالك فيما أمره به وفعل ما يجب تركه، كما صرح به فى التنقيح والمسالك والكفايه والرياض،

١- جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٠٢ ـ ١٠٣

والمراد بالتفريط هو أن يقتصر فى الحفظ عاده ويترك ما يجب فعله، كما صرح به فى التنقيح والمسالك والروضه والكفايه والرياض، وفيه وضابطه ما يعد تفريطاً. وصرح فى القواعد والتحرير والتذكره بأن سبب الضمان واحد وهو التقصير)((١)).

وإن كان فيه تأمل، لأن المراد بالتعدى أعم من مخالفه المالك، كما أن ما ذكره الرياض من أن ضابطه ما يعد تفريطاً فيه تأمل أيضاً، إذ ليس التفريط فى روايه أو آيه حتى يكون هو المحور بل الخيانه.

وعلى أى حال، فالأصل عدم الضمان إلّا ما خرج، فلو شك فى الخروج كان المتبع الأصل، أما ما فى بعض النصوص من عدم ضمان الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره فهو مؤل، أو محل الإعراض عن العمل به كما ذكره غير واحد.

وربما يقال: إن التعدى والتفريط إنما هو إذا كان ولو بدون الحرمه، كما إذا نسى الوديعه ففسدت أو رمى الحيوان الذى يريد افتراس الشاه فأصاب الشاه أو نحو ذلك، إذ هما واقعيان لا علميان، فليس من العذر أن يقول نسيت أو ما أشبه، نعم تظهر الثمره بين العذر وغيره فى العقاب والسقوط عن العداله وما أشبه، فتأمل.

لو أخذها الظالم قهرً

ثم إنه لا فرق فى الأخذ من المودع عنده قهراً، بين أن يكون الآخذ بإلجاء أو باضطرار أو بإكراه أو فى حال نومه أو نحو ذلك، سواء تولى الظالم أخذها من يده أو أمره بدفعها إليه بنفسه فدفعها إليه، وذلك لصدق الاضطرار والإكراه والجبر ونحوه فى كلتا الصورتين، ولا ضمان عليه فى هذه الصور وإنما الضمان على الظالم، فليس للمالك حينئذ مطالبته بوجه من الوجوه.

وهذا هو المنسوب إلى المشهور، والمخالف فى المسأله على ما حكى أبو الصلاح وأبو المكارم والفاضل فى التذكره والتحرير، فجوزوا رجوع المالك إليه

١- المناهل: ص ٢٤١

مع مباشرته الدفع بنفسه إلى من أمره الظالم، وعللوه بأنه باشر تسليم مال الغير بيده فيشمله عموم «على اليد»، لكن قالوا بأن قرار الضمان على الظالم، ولا يخفى ما فى الدليل المذكور لأنه ليس بتفريط ولا تعدّ، وليس عمله هذا منافياً لدليل الائتمان وليس من الخيانه ونحوها، وقد تقدم أن دليل اليد لا يشمل مثل المقام، ولذا أشكل عليهم الجواهر بأنه مناف لإطلاق ما دل على عدم ضمانه مما عرفت، بل لقاعده الإحسان وغيرها التى قد عرفت تحكيمها على قاعده اليد.

ومنه يعلم الحال فيما إذا قصده الحيوان المفترس فأطلقه، أو سحبه الحيوان المفترس من يده، وكذلك إذا جرف به السيل أو نحو ذلك من الآفات التى لا يسمى ذلك خيانه أو تفريطاً أو ما أشبه، فإنه لا ضمان عليه.

ولا فرق بين أن يأمره الظالم بتسليمه له أو أمره بإتلافه أو تسليمه إلى حيوان مفترس أو شخص آخر أو ما أشبه ذلك، لما عرفت من الملاك بعد عدم شمول دليل اليد.

فقول الجواهر: (لا إشكال فى رجوعه لو أمره بمباشره إتلافه بنفسه ولو على جهه الانتفاع به، لقاعده الإتلاف التى لم يثبت تخصيصها بقاعده الائتمان، لكن من جهه قوه السبب هنا على المباشر كان قرار الضمان عليه لا أصل جواز الرجوع)، غير ظاهر الوجه.

إذ أى فرق بين إتلافه بأمر الغاصب أو تسليمه إلى الغاصب، وقوله بعد ذلك: ما عساه يقال بأنه مناف لقاعده عدم ضمان الأمين بغير تعد وتفريط وخصوصاً الوديعه، يدفعه أن ذلك منزل على التلف فى غير الفرض، إذ لم يعرف وجه التنزيل المذكور بعد أن لم يكن ذلك بتعد أو تفريط أو خيانه أو ما أشبه مما يسبب الضمان.

ومن ذلك يظهر ضعف قول الفاضل بناءً على أن تسليمها إلى الظالم من

أقسام الإتلاف أيضاً، ومنهما يعلم الحال فيما إذا أتلفه لوجوبه عليه شرعاً، كما إذا قدم الحمار للأسد المريد افتراس القافله ويعرض عنها بتقديم الحمار إليه، أو ألقى الوديعه فى البحر لنجاه الركاب، واحتمال أنه ضامن لأنه من الجمع بين الدليلين كأكل المخمصه غير ظاهر بعد (ما على المحسنين من سبيل)((١)) وما تقدم.

ولا فرق فى الإكراه بين أن يكون إكراهاً فردياً أو أجوائياً، كما ذكرناه تفصيلاً فى كتاب الاقتصاد، كأن أمر الظالم بأن يسلموا الشياه إليه فى ظرف أسبوعين مثلاً وقد هيأ الأجواء بتوهين وإهانه الناس من تكون عنده شاه، فإنه وإن لم يكرهه بشخصه إلّا أن مع عدم التسليم يكون الشخص مهاناً من الناس بما يعسر عليه تحمله، وحيث قد ذكرنا كثيراً من مسائل الإكراه فى الطلاق وغيره فلا داعى إلى تكرارها، فإن المعيار فى الجميع واحد.

ولو زعم الإكراه بأن كان المكرِه قد ذهب وقد أمرهم بإلقاء أمتعتهم فى البحر ولم يعلم المستودع بذهاب المكره فألقاها فيه، فالظاهر أنه من الإكراه أيضاً إذا رآه العرف ذلك، فإن الإنسان مأمور بأن يفعل ما يأتى بنظره لا بالواقع، كما ذكرنا مثل ذلك فى التصرف فى مال الصغير وأنه من الإصلاح إذا كان إصلاحاً بنظره، فلا يقال إن الألفاظ موضوعه للمعانى الواقعيه لا الخياليه.

وعليه يحمل ما رواه ابن إسحاق، قال: كان لى ابن وكانت تصيبه الحصاه فقيل لى ليس له علاج إلّا أن تبطه فبططته فمات، فقالت الشيعه: شركت فى دم ابنك قال: فكتبت إلى أبى الحسن صاحب العسكر (عليه السلام)، فوقع (عليه السلام): «يا أحمد ليس عليك فيما فعلت شيء إنما التمست الدواء وكان أجله فيما فعلت»((٢)).

١- سوره التوبه: الآيه ٩١

٢- الوسائل: ج١٥ ص٢١٢ الباب ٩٧ من أبواب أحكام الأولاد من كتاب النكاح ح١

ومما ذكر يعلم أحكام هـذا الباب الذى هو سيال فى غيره أيضاً، كما لو أمره بضـرب أو قتل بعض فضـرب أو قتل حيث لم يكن ضامنـاً حتى فى القتـل، فيمـا إذا كـان هنـاك أهم ومهم بما إذا لم يقتله مثلاً قتل جماعه مما يرجـح الشارع ذاك عليه، ولو خيره المكرِه بين إعطـاء ما لنفسه أو الوديعه فإن أعطاها له لم يسـتبعد عـدم الضـمان أيضاً، لأن الإكراه على الكلى إكراه على كل فرد منه، كما إذا أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه فإن طلاقه لكل واحده منهما يقع باطلاً لأنه إكراهى، أما أن توجه الإكراه إلى مال الوديعه فإنه من الإكراه قطعاً وإن كان بالإمكان صرفه إلى مال نفسه.

ولو أكره المرأه على أن تعطيه الوديعه أو ينكحهـا متعه مثلاًـ فـأعطت كـان من الإـكراه، وإن أمكن فرارها من إعطاء الوديعه إلى متعه نفسها التى هى محلله، اللهم إذا كانت عندها من العاديات.

لو تمكن من دفع الظالم

ثم قال الشـرائع ممزوجاً مع الجواهر: (نعم لو تمكن من الدفع اللائق به وجب، بلا خلاف أجده فيه، لأنه مقدمه للحفظ المأمور به على جهه الإطلاق، وحينئـذ لو لم يفعل ذلك مع قـدرته عليه ضـمن لأنه تفريط حينئـذ، وكذا لو أمكن الدفع ببعضـها فلم يفعل، لكن الظاهر ضـمانه ما يزيد على ما يندفع به منها لا للجميع وان احتمل التفريط، إلاّ أنه واضح الضعف لأن بعض المدفوع واجب على التقديرين)، وهو كما ذكراه.

ومما تقدم يعلم أنه إذا توقف الدفع على اختفائه وجب الاختفاء، كما عن القواعد والتذكره والإيضاح وجامع المقاصد والروضـه والمسالك ومجمع الفائده، لا لأن الحفظ واجب مقدمه، بل لأنه مقتضى الاستيمان فعدمه خيانه ويشمله دليل اليد.

نعم لو ترتب على الاختفاء ضرر عرفي أو عسر لم يجب، فاحتمال بعض عدم وجوب الاختفاء مطلقاً معللين بأنه ضرر على المستودع ضعيف.

وحيث قد عرفت عدم الفرق بين دفع الكل أو البعض فيما إذا اندفع الظالم بدفع البعض حيث لا ضمان، تعرف ما في الرياض من الفرق بينهما بكونه بأمر الشارع على الأول وبدونه على الثاني وهو فرق واضح، وإن هي إلا كما لو فرط فيها فتلف بغيره، وقد قالوا فيها بضمانها مع أنها ذاهبه على التقديرين، فتأمل.

ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: (يدفعه أنها عند الشارع كالوديعتين التي أراد الظالم أخذهما وكان يمكن دفعه بإعطاء أحدهما فلم يفعل، فإنه لا ريب في ضمانه الثانيه، فإن الأولى ذاهبه على كل حال منضمه إلى الأخرى أو مستقله، فالتفريط حينئذ في الثانيه لا فيهما معاً).

صور دفع الظالم

ولو توقف دفع الظالم على بذل شيء من مال نفسه أو وقته مما له ثمن أو ما أشبه ذلك، فالظاهر أنه يجب عليه ذلك ويأخذ من المودع، وذلك جمعاً بين دليل حفظ الأمانه ودليل عدم الضرر.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره في المناهل حيث قال: (ولو توقف الدفع على بذل المستودع مالاً من نفسه ولم يكن فيه ضرر عليه، فهل يجب ذلك عليه أو لا، صرح بالثاني في الروضه، وفيه إشكال والأحوط الأول، بل لا يخلو عن قوه، فلو دفع بأن تبرع به فلا رجوع له على المالك، وكذلك إن قلنا بعدم وجوب الدفع كما صرح به في الروضه، وان لم يتبرع به بل نوى حين الدفع الرجوع على المالك فهل يستحقه حينئذ أو لا، فيه إشكال ومراعاه الاحتياط أولى وإن كان الثاني في غايه القوه).

إذ لم يعرف وجه القوه فيما ذكره بعد ما عرفت من أن الدفع والأخذ مقتضى الجمع بين الدليلين.

نعم إن دفع لم يكن له الحق أن يأخذ من الوديعه إذا لم يرض المالك بذلك وأراد الدفع من غيرها، إذ غايه الأمر وجوب تدارك ضرره، ولا يتحقق بهذا بخصوصه وإنما هو كلى يكون التخيير فيه بيد المالك.

ومما تقدم يعرف قوه ما فى جامع المقاصد أنه لا يبعد القول بوجوب مصانعه الظالم بشىء يرجع به على المالك، وقد مال إليه فى الرياض لوجوب الحفظ فيجب ما لا يتم إلّا به، والضرر يندفع بنيه الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من استئذانه أو وليه، لكنك قد عرفت أنه ليس من باب المقدمه بل من باب الوجوب النفسى.

وعلى أى حال، فإشكال الجواهر عليهما بقوله: (لم أقف فى النصوص على ما يدل على وجوب الحفظ على جهه الإطلاق، وإن صرح به فى المسالك، اللهم إلاّـ أن يكون إجماعاً ولم نتحققه، والأمر بأداء الأمانه يراد منه عدم الخيانه كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه، فهو حينئذ بالنسبه إلى المال واجب مشروط للأصل، ولو سلم فالمتجه وجوب بذل ما لا يضر بحاله من المال كغيره من تكاليفه المطلقه، ولاـ يرجع به على المالك لأـن دفعه حينئذ مقدمه لامتثال تكليفه، نحو غيره من الأفعال التى يفعلها مقدمه للحفظ، ولا يرجع بأجره المثل فى شىء منها). غير ظاهر الوجه.

وكيف كان، فيعلم مما تقدم أنه لو تمكن من دفع الظالم بجعل واسطه كما هو متعارف بالنسبه إلى الظلمه فيما يقبلون الوسائط، وجب ذلك، فلو تركها كان من الخيانه وضمن، كما أنه إذا تمكن من دفع الظالم بالشكايه إلى الحاكم وجبت عليه، وكذلك إذا تمكن التوسل بشخص قوى فلم يفعل.

ثم قال الشرائع: (ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح وأخذ المال).

أقول: تقييد الشرائع الضرر بالكثير لأنه يجب تحمل الضرر اليسير الذى لو لم يتحمله رأى العرف أنه لم يعمل بمقتضى الأمانه وإنما خان فيها، أما ما أشكل عليه الجواهر بأن ما عساه يظهر من المصنف من كون مطلق أخذ المال وإن قل ضرر كثير واضح المنع، فلم يعرف وجهه، لأن الشرائع لم يقل إن مطلق أخذ المال ضرر كثير، بل قال لا يجب تحمل الضرر الكثير، وبينهما فرق واضح.

ولو تمكن من دفع الظالم بتسليم المال إلى المودع وجب، فإذا لم يفعل ذلك كان ضامناً له وضعاً كما أنه يكون خيانةً تكليفاً، ولو توقف دفع الظالم على كذب أو غيبه أو جرح أو ما أشبه فاللازم ملاحظه الأهم والمهم من ترك الواجب أو فعل الحرام.

ولاـ يخفى أن المركوز فى أذهان المتشرعه أهميه حفظ الوديعه من غيبه أو كذب أو نحوهما، أما الجرح فيختلف من جهه الأهميه، فاللازم أن يراعى الأهم من الأمرين، ولو كانا متساويين تخير بينهما، فإذا سلمه إلى الظالم من جهه التخيير لم يكن ضمان.

ومنه يعلم أنه لو لم يدفع المال إلى الظالم انتهك عرض نفسه أو زوجته أو بنته أو أخته أو ما أشبه وجب عليه الدفع ولم يكن ضمان، لأن هتك العرض أهم فى نظر الشارع من دفع المال.

ومما تقدم يظهر موضع القبول والرد فى قول مناهج المتقين: (لو أراد الظالم أخذها منه، فإن لم يتمكن من دفعه فلا ضمان عليه، سواء انتزعها الظالم منه قهراً أو أجبره على الدفع بنفسه إليه على الأظهر.

نعم إن كان أخذ الظالم لها عن تفريط أو تعديه كإخراجها من الموضع الذى عينه المودع أو إعلامه الظالم بوجودها على وجه عد مفرطاً عرفاً ضمن، ولو تمكن المستودع من دفع الظالم وجب عليه دفعه ولو أهمل ضمن، ولو أمكن حفظ بعضها ببذل البعض الآخر وجب ولو أهمل ضمن البعض الممكن حفظه دون الجميع على الأظهر.

لو توقف الحفظ على دفع شيء

ولو توقف حفظ الوديعه على بذل شيء من ماله جاز له الدفع بقصد الرجوع على المودع فيرجع إليه بذلك، وهل يجب عليه ذلك، فيه تردد، والعدم أشبه.

ولو توقف الحفظ على بيع البعض لدفع ثمنه إلى الظالم، أو على بيع الكل ودفع بعض الثمن إليه جاز بإذن الحاكم مع إمكانه، ومطلقاً مع تعذر استيذان الحاكم أو تعسره، ولو توقف دفع الظالم عنها على تحمل ضرر كالجرح وتلف المال ونحوهما لم يجب الدفع).

إذ قد عرفت ما فى الفروع الثلاثه الأخيره من الإشكال.

ولو كانت الوديعه حيواناً يصيح مما يخبر اللصوص بمكانهم أو العدو أو نحو ذلك جاز قتل الحيوان لحفظ النفس أو المال الكثير أو ما أشبه ذلك، وإذا دار الأمر حينئذ بين ذبحه حتى يكون حلالاً يبقى بعضه للمالك لأن للمذبوح ثمناً، وبين قتله حيث لا يبقى للمالك شيء لحرمته بالقتل، قدم الأول، وإلا كان ضامناً لما يمكن إبقاؤه.

ثم إن المسالك قال: (إن كان المطلوب الذى لا يندفع عنها بدونه بقدرها، لم يجب بذله قطعاً لانتفاء الفائده، لكن لو بذله بنيه الرجوع به هل يرجع، يحتمله لأن الوديعه لولاه ذاهبه فيكون بذله قدرها كبذلها، وعدمه لأن القدر المأذون فيه

شرعاً ما يترتب عليه مصلحه المالک وهو ههنا منتف، فلا يكون شرعياً.

وعلى هـذا فيمكن عـدم الرجوع بجميعه لما ذكر أو بجزء منه ليقصـر عنها، وتترتب الفائـده، إذ الفرض عـدم إمكان ما قصـر عنه ويبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بدرهم مثلاً ولا يرجع بشيء أصلاً مما يساويها، فإن غير المأذون فى المساوى إنما هو القدر الذى تنتفى الفائده معه لا جميع المبذول، ولم أقف فى هذا الحكم على شيء فينبغى تحريره).

أقول: مقتضـى القاعده ملاحظه ما يسمى حفظاً للأمانه وأداءها، قال سبحانه: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)([١])، إلى غير ذلک من الأدله.

وإذا كان المالک يريد العين ولو بأضـعاف قيمتها، لأنها ذكرى من أبيه أو لجهه أخرى نحو كونها تربه قبر الحسـين (عليه الصلاه والسـلام) التى يعتز بهـا ويشـفى مرضـاه بسـببها، أو كـان قرآنـاً من خـط كبير من الكبراء، أو كتاباً خطياً أو نحو ذلک، لزم على المستودع بذل المال وإلا كان خائناً، وربما لا يكون كذلک فيلاحظ القيمه، وكذلک بالنسبه إلى وديعه العرض لأنه ليس المهم قيمه البضع أو الديه إلى غير ذلک، وكأن نظر المسالک إلى غير ما ذكرناه، وإلا كان محل نظر.

وقـد أشـار إلى ذلک الجواهر بقوله: (قـد يقال: إن الوديعه إن كانت عيناً كفرس وكتاب ونحوهما يمكن تعلق غرض المودع بها عينـاً فلاـ ريب فى أن المتجه جواز الرجوع وإن بـذل تمام القيمه، أما إذا لم تكن كـذلک فلعل المـدار على عـدم المفسـده على المودع لا اعتبار المصلحه فيرجع حينئذ على التقديرين بتمام ما بذل وإن كان مستوعباً).

١- سوره النساء: الآيه ٥٨

ثم إن توقف حفظ الوديعه على الكـذب جـاز، بـل وجب وإلاـ كان ضامناً لأنه يعـد من التفريط، والكـذب فى مثله ليس بحرام، لانصـراف أدلته عنه، بل الأدله على خلافه من أنه لا كذب فى الإصـلاح، والمركوز فى أذهان المتشرعه أهميه حفظ الوديعه من غيبه أو كـذب أو ما أشـبه، أما الجرح فيختلف من جهه الأهميه على ما تقدم، فإطلاق جماعه كمناهج المتقين بأنه لو توقف دفع الظالم عنها على تحمل ضرر كالجرح وتلف المال ونحوهما لم يجب الدفع، غير ظاهر الوجه.

الحلف لدفع الظالم

ثم إنه لا إشكال ولا خلاف فى جواز الحلف للظالم لنجاه الوديعه.

وفى الشـرائع: (ولو أنكرهـا فطولب بـاليمين ظلمـاً جاز الحلف مورياً بما يخرج به عنالكـذب)، لكن الظاهر عـدم وجوب التوريه لإطلاق الأدله فى الحلف فى هذه المقامات.

وقـد صـرح بجواز الحلف فى المقـام المحكى عن الغنيه والنافع والتـذكره والقواعـد والتحرير والتبصـره والإرشاد واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع الفائده والكفايه والرياض وغيرهم.

واسـتدلوا لـذلك بالإضافه إلى تصـريح جماعه منهم بالإجماع، وبالاتفاق بما دل على نفى الحرج من الأدله الأربعه، وما دل على عدم الضـرر والضـرار، وقوله سبحانه: (ما على المحسنين من سبيل)((1))، وقوله سـبحانه: (تعاونوا على البر والتقوى)((2)) وبأن الحلف ممـا لاـ يتم الواجب به وهو دفع الأمـانه إلى أهلهـا، ومـا لاـ يتم الواجب إلاّـ به واجب فيكون جـائزاً، بالإضـافه إلى أصاله الإباحه وغيرها، والعمده هى الروايات المتواتره:

١– سوره التوبه: الآيه ٩١

٢– سوره المائده: الآيه ٢

مثل ما رواه إسماعيل بن سعد الأشعری، عن أبی الحسن الرضا (علیه السلام) فی حدیث، قال: سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غیر ذلک فحلف، قال: «لا جناح علیه»((۱)).

وعن رجل یخاف علی ماله من السلطان فیحلف لینجو به منه، قال: «لا جناح علیه». وسألته هل یحلف الرجل علی مال أخیه کما یحلف علی ماله، قال: «نعم»((۲)).

وعن أبی الصباح قال: والله لقد قال لی جعفر بن محمد (علیه السلام): «إن الله علم نبیه التنزیل والتأویل فعلمه رسول الله (صلی الله علیه وآله) علیاً (علیه السلام)، قال: وعلمنا والله»، ثم قال: «ما عملتم من شیء أو حلفتم علیه من یمین فی تقیه فأنتم منه فی سعه»((۳)).

بضمیمه شمول التقیه لمثل المقام أیضاً.

وعن یونس، عن بعض أصحابه، عن أحدهما (علیه السلام)، فی رجل حلف تقیه، فقال: «إن خفت علی مالک ودمک فاحلف ترده بیمینک، فإن لم تر أن ذلک یرد شیئاً فلا تحلف لهم»((۴)).

وعن زراره، قال: قلت لأبی جعفر (علیه السلام): نمر بالمال علی العشار فیطلبون منا أن نحلف لهم ویخلون سبیلنا ولا یرضون منا إلّا بذلک، قال: «فاحلف لهم فهو أحلی من التمر والزبد»((۵)).

وعن الصدوق، قال أبو عبد الله (علیه السلام): «التقیه فی کل ضروره، وصاحبها أعلم بها حین تنزل به»((۶)).

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۴ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۱ وذیله
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۴ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۱ وذیله
۳- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۴ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۲
۴- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۴ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۳
۵- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۴ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۶
۶- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۴ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۷

وعن الحلبی، إنه سأل أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یحلف لصاحب العشور یحرز بذلک ماله، قال: «نعم»((۱)).

وعن الصادق (علیه السلام): «الیمین علی وجهین» إلی أن قال: «فأما الذی یؤجر علیها الرجل إذا حلف کاذباً ولم تلزمه الکفاره فهو أن یحلف الرجل فی خلاص امرئ مسلم أو خلاص ماله من متعد یتعدی علیه من لص أو غیره»((۲)).

وعن معاذ بیاع الأکسیه، قال: قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): إنا نُستحلف بالطلاق والعتاق فما تری أحلف لهم، فقال: «احلف لهم بما أرادوا إذا خفت»((۳)).

وعن معمر بن یحیی، قال: قلت لأبی جعفر (علیه السلام): إن معی بضائع للناس ونحن نمر بها علی هؤلاء العشار فیحلفون علیها فنحلف لهم، فقال: «وددت أنی أقدر علی أن أجیز أموال المسلمین کلها وأحلف علیها، کلما خاف المؤمن علی نفسه فی ضروره فله فیه التقیه»((۴)).

وعن إسماعیل الجعفی، قال: قلت لأبی جعفر (علیه السلام): أمرّ بالعشار ومعی المال فیستحلفونی فإن حلفت ترکونی وإن لم أحلف فتشونی وظلمونی، فقال: «احلف لهم»، قلت: إن حلفونی بالطلاق، قال: «فاحلف لهم»، قلت: فإن المال لا یکون لی، قال: «تتقی مال أخیک»((۵)).

وعن سماعه، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «إذا حلف الرجل تقیه لم یضره إذا هو أکره واضطر إلیه». وقال: «لیس شیء مما حرم الله إلاّ وقد أحله لمن اضطر إلیه»((۶)).

وعن الحضرمی، قال: قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): نحلف لصاحب العشور نجیز بذلک مالنا، قال: «نعم»((۷)).

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۵ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۸
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۵ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۹
۳- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۵ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۱۳
۴- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۵ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۱۶
۵- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۵ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۱۷
۶- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۵ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۱۸
۷- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳۵ الباب ۱۲ من کتاب الأیمان ح۱۹

إلى غيرها من الروايات، وأنت ترى أنه لم يذكر فى هذه الروايات الكثيره التوريه فلا دليل عليها وإن ذهب إليها غير واحد من الفقهاء.

قال فى المناهل: (وهل يجب عليه التوريه فى حلفه بما يخرج عن الكذب حينئذ، بأن يحلف ما استودع من فلان ويخصه بوقت أو جنس أو مكان أو نحوها مغاير لما استودعه، كما صرح به فى الروضه والرياض، أو لا يجب ذلك، المعتمد هو الأول، كما صرح به فى التذكره وجامع المقاصد والمسالك والروضه، وهو ظاهر الغنيه والنافع والشرائع والقواعد والتبصره والإرشاد والتحرير ومجمع الفائده والكفايه والرياض).

ولذا قال فى متاهج المتقين: (ولو ترك التوريه وحلف كاذباً لم يأثم مع العجز عنها، بل ومع المكنه منها أيضاً على الاظهر).

ثم إنك قد عرفت عدم الفرق بين الكذب وغيره من المحرمات إذا كان هناك أهم ومهم، وعدم ذكرهم غيره من المحرمات لأن الكذب هو الغالب.

ثم لو ترك الحلف حيث وجب عليه فأخذها الظالم ضمنها، كما صرح به فى جامع المقاصد والمسالك والكفايه وغيرها، لأنه يعدّ تفريطاً فى الوديعه، والظاهر أن الحلف واجب تخييرى لا أنه مستحب ولا واجب عيناً، إذ يخير بين أن يعطى بدل الوديعه أو أن يحلف لحفظها فيما إذا لم يكن غرض المودع العين وإلاّ وجب الحلف تعييناً.

لا يقال: اللازم الوجوب مطلقاً، لأن فى ترك الحلف إعانه للظالم.

لأنه يقال: احترام اسم الله سبحانه وتعالى أن لا يحلف به أهم من ذلك، ولذا لم يحلف الإمام السجاد (عليه الصلاه والسلام) فى قصه الخارجيه وخسر أربعمائه

ص:۴۳

دینار([(۱)]). کما أن احتمال وجوب أن یرد الودیعه علی کل حال خلاف المرتکز فی کثیر من الودائع، ولبعض الروایات الخاصه:

مثل ما رواه حبیب الخثعمی، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: قلت له: الرجل یکون عنده المال ودیعه یأخذ منه بغیر إذن، فقال: «لا یأخذ إلّا أن یکون له وفاء»، قال: قلت: أرأیت إن وجد من یضمنه ولم یکن له وفاء وأشهد علی نفسه الذی یضمنه یأخذ منه، قال: «نعم»([(۲)]).

وعن عبد الله بن الحسن، عن جده علی بن جعفر، عن أخیه موسی بن جعفر (علیه السلام)، قال: سألته عن رجل کانت عنده ودیعه لرجل فاحتاج إلیها هل یصلح له أن یأخذ منها وهو مجمع أن یردها بغیر إذن صاحبها، فقال (علیه السلام): «إذا کان عنده وفاء فلا بأس أن یأخذ ویرد»([(۳)]).

وروی السرائر نقلاً عن جامع البزنطی صاحب الرضا (علیه الصلاه والسلام) قال: سألته، وذکر مثله.

ومنه یعلم لزوم حمل کلام القائل بالوجوب علی ما ذکرناه، وإلا کان محل تأمل.

قال فی المناهل: (هل الحلف حینئذ یتصف بالوجوب أو لا بل لا یتصف إلّا بالجواز، المعتمد هو الأول کما صرح به فی اللمعه وجامع المقاصد والمسالک والروضه، وهو ظاهر النافع والتبصره، ولهم أولاً: ظهور الاتفاق علیه. وثانیاً: ما تمسک به فی جامع المقاصد والمسالک من أن الواجب وهو حفظ الودیعه یتوقف علیه فیکون واجباً، لأن ما لا یتم الواجب إلّا به فهو واجب).

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۷ الباب۲ من کتاب الأیمان ح۱
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۲ الباب ۸ من کتاب الودیعه ح۱
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۲ الباب ۸ من کتاب الودیعه ح۲

لکنک قد عرفت أنه واجب نفسی لا واجب غیری.

وإذا لم یکن یعلم جواز الحلف فلم یحلف، فإن عد عرفاً مفرطاً فی عدم علمه ضمن، وإلا لم یضمن لأدله أن الأمین مؤتمن.

ثم إنه یستثنی مما ذکرناه من التخییر ما إذا لم یجز وصول الودیعه إلی الغاصب شرعاً، کما إذا کانت جاریه أو ولداً فی معرض خطر تعدی الغاصب أو فی معرض ذهاب النسب أو ما أشبه ذلک، أو کان قرآناً والغاصب کافر، إلی غیر ذلک.

ص:۴۵

مسأله ۱: الوديعه عقد جائز

(مسأله ۱): قال فی الشرائع: (الوديعه عقد جائز من طرفيه)، وفی الجواهر: (بلا إشكال ولا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه وهو الحجه فی تخصيص الآيه وغيرها من أدله اللزوم).

وفی مفتاح الكرامه عند قول العلامه (جائزه من الطرفين): (كما طفحت به عباراتهم، وقد حكی عليه الإجماع فی التذكره، ونفی عنه الخلاف فی المسالك ومجمع البرهان والكفايه بل هو ضروری).

أقول: وكذلك حكی الرياض عدم الخلاف فيه، وفی المناهل: ظهور الاتفاق عليه، أما استدلال التذكره عليه بقوله: (لأنه قد تقدم أنه توكيل خاص والوكاله جائزه من الطرفين)، فلا يخفی ما فيه، لأن خروج العقد عن (أوفوا بالعقود) يحتاج إلی الدليل، ولا شك أن الوديعه العقديه داخله فی (أوفوا بالعقود) علی عمومه، إنما المخرج هو الإجماع الذی لا شك فيه، نعم الوديعه غير العقديه داخله فی الأمانه والأمانه لا تلزم.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وحينئذ فيبطل بموت كل منهما وبجنونه وإغمائه ونحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه أو ولايته عنه، كما هو الشأن فی نحوه من العقود الجائزه، للإجماع أو لأنه بالموت ينتقل المال عن المودع، كما أنه لا عقد مع وارث الودعی فلا يجوز بقاؤه علی حكم الوديعه، وبالجنون مثلاً ونحوه تنتقل ولايه تصرفه إلی غيره، ولا عقد مع غير الودعی، فلعله لذلك كانت الأهليه معتبره فيهما فی الابتداء والاستدامه).

أقول: لا دليل علی أن الإغماء مبطل فالأصل بقاؤه، نعم لو كان الإغماء طويلاً كان اللازم ما ذكروه، كما أن النوم والسكر لا يوجبان البطلان إلاّ إذا طالا علی خلاف المتعارف، وذلك لأصاله البقاء مع الشك فی النقض، أما فی الطويل منها فلانتقال الولايه علی ما تقدم، فإطلاق القول بإبطال الإغماء غير ظاهر الدليل، أما

ادعاء الجواهر الإجماع على الإطلاق الذى ذكره فلا يخفى ما فيه، إذ الظاهر أنه لا إجماع فى المسأله.

قال فى مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (وتبطل بموت كل واحد وبجنونه وإغمائه وبعزله نفسه) ما هذا لفظه: (كما هو الشأن فى العقود الجائزه والأمر فيه واضح، ولذلك تركه الأكثر فتبطل بالأربعه المذكوره، فإذا اتفق أحد الثلاثه فى المودع وجب ردها إلى وارثه أو وليه أو الإعلام على اختلاف الرأيين).

إذ منه يظهر عدم تعرض الأكثر له، فكيف يدعى الإجماع فى مثله، بالإضافه إلاّ أنه مع تسليم الصغرى فهو محتمل الاستناد، بل هو الظاهر، ومثله ليس بحجه.

وعلى أى حال، فإذا اتفق الموت والجنون والإغماء والسكر والنوم ونحوه مما ذكرنا أنه يبطل الوديعه فى المستودع، يجب على الولى والوارث إعلام المودع أو إيصال المال إليه.

ثم سواء بطلت الوديعه من جهه المودع أو من جهه المستودع لما ذكر، أو لأنه فسخها وعزل نفسه عنها، أو من جهه ثالثه، تكون العين حينئذ فى يد الودعى أمانه شرعيه، وذلك لعدم تحقق الوديعه حينئذ فهو مال الغير فى يده بدون إذن مالكى، ومثل ذلك يكون من الأمانه الشرعيه، لأن الشارع أمر بحفظ الأمانه وردها إلى أهلها، قال سبحانه: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)((1)) .

وكذلك حال من استولى على الوديعه بدون أن يكون ودعياً، كما إذا مات الودعى فورثه الوارث أو هرب من جهه مظلمه أو ما أشبه مما له حق الهروب أو لا، فبقيت فى يد إنسان أجنبى عن الطرفين فيلحقها حكم غيرها من الأمانات

1- سوره النساء: الآيه 58

الشرعيه من وجوب ردها إلى مالكها أو ولى أمره أو إعلام أحدهما على وجه المبادره العرفيه، لأنه هو مقتضى دليل رد الأمانه الملقى إلى العرف.

والظاهر أنه يحق له أن يردها إلى وكيل المالك، سواء كان وكيلاً ـ عاماً أو خاصاً، وتبرؤ بذلك ذمته، وقد حكى ذلك عن التذكره والقواعد واللمعه والروضه والمسالك والكفايه وغيرها.

وفى المناهل هو متفق عليه فهو مخير فى الرد إلى المالك أو الوكيل، كما صرح به فى الروضه وغيرها إلاّ ـ أن يكون الوكيل خاصاً فى غير مثل هذا الشأن حيث إنه كالأجنبى فى الرد إليه.

الوكيل مقدم على الحاكم

والظاهر أنه إن تمكن من الرد إلى أحدهما فى موضع جواز الرد إلى الوكيل على ما تقدم لم يصح الرد إلى الحاكم أو الثقه، وإذا رد إلى أحدهما ضمن كما عن التذكره والروضه والمسالك وغيرهم، بل فى المناهل: الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، وقد صرح بنفيه فى الرياض واحتج عليه فيه وفى التذكره والمسالك بأن الحاكم والأمين لا ولايه لهما على الحاضر الرشيد، فاحتمال جواز الرد إلى الحاكم أو وكيله لأنه بمنزله وكيل المالك كما ذكره بعض العامه، غير ظاهر الوجه.

نعم إذا لم يتمكن من الرد إلى المالك أو وكيله ونحوه، رده إلى الحاكم لأنه الولى العام، وإذا لم يمكن الحاكم رده إلى الثقه لقوله (عليه الصلاه والسلام): «إن كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس»((١))، ولغيره، لكن ربما يقال فى هذه الصوره بأنه مخير بين الإبقاء عند نفسه وبين إعطائه الثقه، لعدم تفاوت الأمر بينهما بعد عدم وجود دليل خاص للرد على الثقه، وهذا أقرب.

١- الوسائل: ج١٢ ص٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه ح٢

تأخير الرد لعذر شرعى

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المناهل حيث قال: (إذا تمكن من حفظها ولم يتمكن من الرد إلى المالك أو وكيله وتمكن من الرد إلى الحاكم والثقه فلا يجوز له الرد إليهما حينئذ، ويضمن لو رد إليهما كما فى اللمعه والروضه والمسالك والكفايه والرياض، بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، وقد صرح بنفيه فى الرياض، والمسالك حكاه عن الأصحاب قائلًا: إنه لا يعلم فيه خلاف، واحتج عليه فيه وفى الرياض بالتزامه بالحفظ بنفسه فلا يبرؤ إلّا بدفعها إلى المالك أو وكيله، مع أن المالك لم يرض بيد غيره ولا ضروره إلى إخراجها من يده فليحفظها إلى أن يجدهما أو يتجدد له عذر).

إذ الدليل المذكور لا يفى بنفى إعطائها الحاكم بعد كونه ولياً عاماً، بل لو حفظها ولم يدفعها إليه كان محل إشكال لما عرفت، وأى فرق بين الوكيل الخاص فى مورده والولى العام فى مورده.

ثم إذا مات المودع وظهر الوارث سلم إلى كل واحد حصته إذا كان متعدداً، وإذا كان واحداً معيناً سلمه الوديعه كلًا، فإذا سلم الوديعه إلى بعضهم مع وجود الورثه الآخرين بأنفسهم أو بأوليائهم كما إذا كانوا صغاراً مثلًا، لم تبرأ ذمته لأنه من إيصال المال إلى غير مستحقه، أما إذا لم يعلم الوارث أو علم به لكنه لم يعلم أنه منحصر أو متعدد أو ما أشبه ذلك من المحاذير فاللازم عليه أن يسلمه إلى الحاكم الشرعى باعتباره الولى العام أو الصبر إلى أن يظهر الوارث بخصوصياته.

لا يقال: كيف يسلمه إلى الحاكم مع علمه الإجمالى بالوارث.

لأنه يقال: إن المقام من موارد شؤون الحاكم، حيث إن الودعى سقط عن كونه طرف العقد، ولا دليل على لزوم حفظه المال، بضميمه أن الحاكم ولى عام فهو يسلمه إليه كما أنه يسلمه إلى الوكيل للورثه إذا كان هناك وكيل لهم، نعم

إذا كان هناك وكيل لهم كان مقدماً على الحاكم على ما عرفت.

ثم لو كان تأخيرها فى صوره موت المودع لعدم العلم بانحصار الوارث المعلوم كونه وارثاً، أو للشك فى كونه وارثاً، ولم يكن حاكم يرجع إليه، ففى المسالك:

(الأقوى عدم الضمان خصوصاً مع الشك فى كون الموجود وارثاً لأصاله عدمه، وأما مع العلم بكونه وارثاً فالأصل أيضاً عدم استحقاقه جميع المال، والعلم بكونه مستحقاً فى الجمله لا يقتضى انحصار الحق فيه، وأصاله عدم وارث آخر معارض بالأصل المزبور، فيبقى الحكم فى القابض ووجوب البحث عن المستحق كنظائره من الحقوق.

ومثله يأتى فيما لو أقر بمال المورث زيد، فإنه لا يؤمر بتسليم جميع المقر به إليه إلاّ بعد البحث، حتى لو ادعى انحصار حق الإرث فى الموجود مع الجهل ففى جواز تمكينه من دفعه إليه وجهان، من اعترافه بانحصار الحق فيه فيلزم بالدفع إليه، ومن أنه إقرار فى حق الغير حيث يمكن مشاركه غيره له فيه ــ إلى أن قال ــ: ولو أخر تسليم الوديعه إلى الوارث ليبحث عن وصيه الميت أو أقراره بدين ونحوه فالأقرب الضمان لأصاله عدمه بخلاف الوارث).

أقول: الأمانه الشرعيه تقتضى إيصالها إلى أصحابها حسب الوازين العرفيه المستفاده من (إن الله يأمركم)([1])، ومن الواضح أن العرف يرى لزوم الفحص عن أصل الوارث فى قبال عدمه الذى يكون المال من نصيب الحاكم الشرعى باعتباره سهم الإمام (عليه الصلاه والسلام)، أو عن وحدته وتعدده، أو عن دين للميت

١- سوره النساء: الآيه ٥٨

المقدم على الإرث وعدمه إلى غير ذلك، ولا مجال للأصل فى هذه المقامات فإنه أصيل حيث لا دليل.

وإلى ما ذكرناه أشار الجواهر حيث قال: (له التروى والبحث دفعاً لضرر الغرامه عن نفسه، لا لمعارضه أصاله عدم وارث آخر بأصاله عدم استحقاقه الجميع، ضروره وروده عليه وانقطاعه به، على أنه لم يتضح لنا الفرق بين احتمال الوارث واحتمال الوصيه الذى ذكره أخيراً، فالمدار والمدرك حينئذ ما عرفت، ولا عبره بالاحتمالات الخارجه عن مذاق العقلاء كما هو واضح).

ثم لو فحص وظهر له أن لا ـ دين عليه أو لا ـ وصيه له وأن الوارث واحد أو أنه فلان أو ما أشبه ذلك، فعمل بما ظهر له ثم تبين خلافه، فهل يضمن، يحتمل العدم لأنه عمل حسب تكليفه ودليل الأمانه لا يقتضى أكثر من ذلك، اللهم إلّا أن يقال إنه من إيصال الحق إلى غير أهله، وجهله لا يرفع الضمان وإن رفع العقاب، فهو كما إذا اشتبه فسلّم مال زيد لعمرو، وهذا أقرب إلى الصناعه.

ثم الظاهر أنه إذا وجب على المستودع الدفع إلى الحاكم، وجب على الحاكم القبول، لأنه منصوب لمثل ذلك من أموال القصر والغيب ونحوهما، ومن ذلك يظهر وجه النظر فى التوقف أو القول بعدم الوجوب عليه.

قال فى المناهل: (إذا وجب على المستودع إعطاء الوديعه للحاكم، فهل يجب على الحاكم قبولها مطلقاً، ولو تمكن المستودع من إعطائها للثقه الأمين، أو لا يجب عليه القبول مع تمكن المستودع من إعطائها له، صرح بالأول فى التذكره والقواعد والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك، ويظهر من التحرير والكفايه والرياض التوقف، ومن مجمع الفائده عدم وجوب القبول وهو الأقرب، لأصاله البراءه المؤيده بأنه لو وجب عليه القبول للزم العسر والحرج والأصل عدمها فتأمل،

وبأنه لو وجب عليه القبول لاشتهر، بل وتواتر لتوفر الدواعى عليه، والتالى باطل فالمقدم مثله، فتأمل).

وأنت خبير بأن الصناعه مع التأمل لا مع ما ذكره من الأدله غير الداله على مدعاه.

ثم إذا لم يكن حاكم شرعى مبسوط اليد، فإن قبلها غير مبسوط اليد كفى لأنه منصوب شرعاً، وإن لم ينفذ نصبه الناس.

وإن لم يقبلها فهل يسلمها إلى الحاكم غير الشرعى كما فى الحال الحاضر الذى صار حكام بلاد الإسلام غير شرعيين، أو إلى الثقه، لا إشكال فى تقديم الثانى مع الكفايه، بل قد عرفت أنه مخير بين نفسه وبين الثقه إذا كانا متساويين فى الحفظ، والأقدم الأحفظ منهما، وإنلم يقبل الثقه لأنه لا يطمئن بتمكنه من الحفظ سلمها إلى الحاكم العرفى من جهه أنها محفوظه عنده من باب الاضطرار، كما ذكروا مثل ذلك فى الرجوع إليه عند الاضطرار فى المرافعات ونحوها.

ص:٥٢

مسأله ۲: الحفظ بما جرت علیه العاده

(مسأله ۲): قال فی الشرائع: (وتحفظ الودیعه بما جرت العاده بحفظها، کالثوب والکتب فی الصندوق، والدابه فی الاصطبل، والشاه فی المراح أو ما یجری مجری ذلک.

أقول: الضابط حفظ الودیعه بما جرت العاده بحفظها علی ذلک النحو، کما هو الضابط فی کل ما لا حد له فی الشرع الذی منه ما نحن فیه، فإن الموضوع یؤخذ من العرف، والحکم یؤخذ من الشرع، لوضوح کون الودیعه استنابه فی الحفظ، ولیس له فی الشرع حد مخصوص فلا مناص من الرجوع إلیهم فی حفظ هذه الودیعه علی وجه لا یعد الودعی مضیعاً أو مفرطاً أو متعدیاً أو خائناً أو مهملاً أو ما أشبه ذلک.

ومن الواضح أن الحفظ یختلف باختلاف المستودع والمودع والزمان والمکان والودیعه وغیرها، فاستیداع الدابه فی البادیه مما لا تربط الدابه فیها إلاّ فی الصحراء حفظ لها إذا ربطها علی الوجه المتعارف عندهم، بما لیس کذلک فی المدینه حیث الاصطبل ونحوه، وکذلک بالنسبه إلی سائر الأشیاء التی تودع عند أهل البادیه أو عند أهل الحضر.

ولو اختلف التعارف بین المالک والمستودع فاللازم ملاحظه رؤیه العرف أن اللازم أیهما فی هذه الصوره، کما أنه لو لم یکن العرف مع أیهما فهو مخیر بینهما.

ولو تجدد نوع جدید من الحفظ لزم اتباعه، مثلاً کان المال الکثیر فی بلد لا مصارف له یوضع فی الصندوق، ثم تجدد فیه المصارف مما یکون أحفظ، فإنه یلزم علیه إخراجه من الصندوق إلی المصرف، إلی غیر ذلک من الأمثله.

وفی بعض الأحیان یستلزم الحفظ تبدیل نفس المال، کما إذا تغیرت الحکومه

مما كان النقد معرضاً للتبدل، فإن الحفظ يقتضى تبديله إلى النقد الجديد، إلى غير ذلك.

ثم لو تصرف فى الوديعه بنيه حسن لكن بعمل سىء، كما إذا مرض الحيوان فأعطاه دواءً بزعم أنه حسن لكنه كان مهلكاً، فهل الاعتبار بالنيه أو بالعمل، احتمالان:

من أن «الأعمال بالنيات»، وأن الإنسان لا يكلف إلّا بما يراه صلاحاً، بل هو المنصرف من قصد المودع أن يحفظه، فلم يكن مفرطاً ولا متعدياً عرفاً.

ومن أن الألفاظ موضوعه للمعانى الواقعيه لا الخياليه، والمعيار بالواقع لا الزعم.

والأول أقرب، لأن ما ذكر فيه مخرج عن دليل الثانى، فإن وضع الألفاظ للمعانى الواقعيه لا ينافى انصراف أدله الخيانه ونحوها إلى غير ما أراد الإصلاح، أما دليل الإحسان ففيه: إنه ليس بمحسن، والظاهر منه الإحسان الواقعى لا الخيالى.

والمسأله سياله، فهل من يقتل إنساناً عامداً بقصد الإحسان إليه حيث إنه يعيش فى ألم شديد، أو يسرق مالاً لتوزيعه على الفقراء والمحتاجين، أو يزنى بامرأه بدون رغبه فى الزنا إطلاقاً وانما لرفع حاجتها التى أوصلها إلى العسر من جهه الشبق، يخفف عن عقابه لمكان نيته وإحسانه، أو لا لمكان صدور الفعل الحرام منه الموجب للعقاب.

ربما يقال بالأول كما فى جمله من القوانين العالميه حيث يدخلون النيه الحسنه فى التخفيف من عقاب الفعل القبيح، لأن المنصرف من أدله العقوبات غير هذه الصوره، بالإضافه إلى أن «الأعمال بالنيات»، و«لكل امرئ ما نوى»، وإن شك فالحد يدرؤ بالشبهه، لكن المسأله بحاجه إلى تأمل أكثر وتتبع أوسع، حيث لم نجد من تعرض له من الفقهاء.

أما عكسه بأن كان الفعل حسناً لكن النيه سيئه، كما إذا جامع زوجته بزعم أنه زنا لأنها أجنبيه، أو قتل الكافر الحربى بزعم أنه مسلم محقون الدم لعداوه

بینه وبینه، أو أخذ المال من صندوق نفسه بزعم أنه صندوق الغیر وأن عمله سرقه، فلا إشکال فی عدم الحد، وإنما الکلام فی الحرمه وعدمها علی ما ذکروه فی بحث التجری.

یلزم سقی الدابه وعلفها

ثم قال الشرائع: (ویلزمه سقی الدابه وعلفها، أمره بذلک أو لم یأمره).

أقول: لا إشکال ولا خلاف فی أنه یجب حفظ الحیوان المحترم، وکذلک الآدمی المودع عنده، سواء بالماء أو بالعلف أو بالطعام أو بالمنام أو بالکساء أو بالحفظ من الحر والبرد أو بغیر ذلک مما یلزم الحفظ ولو بإجراء السیلان علیه فی الحال الحاضر من الأمور الطبیه المتعارفه، فلو قصر حینئذ فی شیء من ذلک ضمن للتفریط.

قال فی المسالک: (وفی حکم الحیوان الشجر الذی یفتقر إلی السقی وغیره من الخدمه، وفی حکم النفقه علی الحیوان ما یفتقر إلیه من الدواء لمرض).

وهو کما ذکره، لأن تلک کلها من الأمانه، بل اللازم تهیئه الزوج للحیوان إذا کان عدمه یوجب عطبه أو مرضه بما ینافی حفظ الأمانه عرفاً، فإن الأمانه سواء کانت مالکیه أو شرعیه یلزم علی الودعی القیام بکل شؤونها العرفیه وخسارته لها من کیس المالک، سواء کان العلف أو الماء أو المسکن أو اللباس فی ودیعه اللقطه مثلاً أو غیر ذلک.

ولا حاجه إلی إذن المالک أو الحاکم الشرعی لعدم الدلیل علی ذلک، نعم إذا قال المالک لا أعطیک ذلک کان له، فإقدامه یستلزم تبرعه، کما أن الأمر کذلک فی الغاصب، إذ لیس بإذن مالکی ولا شرعی.

فلا یقال: إنه بإذن شرعی لأن الشارع یوجب علیه حفظه حتی یرده إلی مالکه.

لأنه یقال: إیجاب الحفظ فیما کان هو السبب فی الاستیلاء لا یلازم تخسیر

الشارع للمالک، إذ ليس على التلازم دليل شرعى ولا عرفى.

وكيف كان، فيؤيد ما ذكرناه من عدم الاحتياج ما ذكروه فى باب اللقطه.

ومن ذلک يعرف وجه النظر فى قول المسالک: (إذا أودعه الحيوان المفتقر إلى النفقه فلا يخلو إما أن يأمره أو يطلق، فإن أمره أنفق ورجع عليه بما غرم والأمر فيه واضح، وإن أطلق توصل إلى إذنه أو إذن وكيله فيه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم ليأمره به إن شاء، أو يستدين له عليه أو يبيع بعضه للنفقه أو ينصب أميناً عليه، فإن تعذر الحاكم أنفق هو وأشهد عليه ورجع مع نيته، وكذا يرفع أمره إلى الحاكم، إلى آخر ما ذكر مع نهى المالک له عنه، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نيه الرجوع).

إذ يرد عليه أولاً: عدم الدليل على الاحتياج إلى الإذن من المالک بله الحاكم، بالإضافه إلى أنه لا دليل على الإشهاد، مع أن نهى المالک معناه أنه لا يتحمل النفقه، فإن لم يشأ لم يأخذ الوديعه، فمن أين أنه مع نهى المالک له الحق فى الإنفاق ثم الرجوع، وقد تبعه الجواهر فى ذلک بدون أن يستدل على شىء منه بدليل.

ثم إن اختلفا فى قدر النفقه وفى زمان النفقه ففى كليهما يحتاج مدعى الزائد، سواء كان المودع أو المستودع إلى البينه، وإلا فالآخر يحلف، لأنه قاعده الادعاء والإنكار، فتفصيل الجواهر بقوله: (والقول قوله فى مقدار النفقه، كما أن القول قول المالک فى مقدار زمانها) غير ظاهر وجه الإطلاق.

وإن كان الاختلاف بين المتباينين، كما إذا قال أحدهما: كانت وديعه فى شهر شعبان، وقال الآخر: فى شهر رمضان، أو قال أحدهما: سافرت بولدک فى الطائره، وقال الآخر: بالسياره، حيث إن سفر الطائره ضعف سفر السياره من جهه الأجره، كان من التنازع، ولا يقال بأخذ الأقل من الأجرتين فى النزاع الثانى، لما

ذكرناه فى كتاب القضاء وغيره من أن العبره بمصب النزاع لا بمآله.

ومن قسمى النزاع فى المقام يعرف قسما النزاع فى أن الوديعه كانت عشره شياه أو تسعه، أو أن الوديعه كانت شاةً أو معزاً.

ومما ذكرناه من أن مقتضى الوديعه الحفظ فعدم الحفظ خيانه، يعرف وجه النظر فيما أشكل به الجواهر على المسالك القائل بوجوب الحفظ حيث قال: (وظاهره بل صريحه كغيره الوجوب من حيث الوديعه فيضمن حينئذ مع التقصير فيه إلّا أنه إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشه فيه بعدم اقتضاء إطلاق الوديعه الحفظ بنحو ذلك، وكونه حيواناً محترماً لا يسوغ إتلافه بغير الوجه المأذون فيه لا ـ يقتضى ترتب الضمان المتوقف على التعدى والتفريط فى الوديعه من حيث كونها وديعه، بمعنى التقصير فيما اقتضاه إطلاق عقدها لا التقصير فى الحكم الشرعى الثابت عليه وإن لم يكن ودعياً، على أنه لا يتم فيما سمعته منه من إلحاق الشجر الذى هو ليس بذى نفس محترمه، ولو قلنا بوجوب حفظ كل مال فى نفسه على المالك وغيره إلّا أن ذلك لا يقتضى الضمان مع التقصير فيه، ضروره كون الحفظ من جهاته من مقتضى إطلاق عقدها).

وكأنه عدل عن ذلك أخيراً بقوله: (اللهم إلّا أن يعدّ التقصير فيه باعتبار كون المال فى يده خيانه وأنه هو المتلف للمال) لكنه كما ترى.

العبره بظهور الحاجه

ثم إنه قد تقدم كون العبره بما يظهر للعرف من الاحتياج وعدمه لا بالواقع، فإذا سقى الأشجار حين الاحتياج ثم جاء مطر غزير سبب فساده لم يكن ضامناً، فيما إذا كان عالماً بمجيء المطر الذى يكفيه كان عليه عدم السقى قبله وإلا كان ضامناً.

وهل إحبال الدابه المودعه، أو الإحبال بها إذا كانت فحلًا خلاف الأمانه، الظاهر أنه حسب العرف ولا ميزان كلى له.

أمـا إذا أودعه بنتـاً مثلًا يريـد زواجها فتزوجها برضاها لم يكن ذلك من الخيانه فى شـىء، وإن كان العرف يسـميه أحياناً خيانه، وكـذلك إذا أودعه ولـداً يريـد تزويـج بنته له فزوجه الودعى بنته، فإن قولهم إنه خيانه كقولهم إنه خيانه فيمن أغرى خادم غيره ليخدمه بدل خدمته لسيده السابق، فإنه على ضرب من التوسع، وليس ذلك من الخيانه الشرعيه فى شيء.

ثم قال الشرائع: ويجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه اتباعاً للعاده.

أقول: ذلك من باب المثال، وإلا فلا خصوصـيه للغلام، كما أنه لا خصوصـيه للسـقى، بل كذلك حكم العلف وغيره، ومقتضـى القاعده هو أن يكون حسب الأمانه ولا يعد تفريطاً أو تعدياً أو خيانه عرفاً.

ومنه يظهر أن أقوالهم فى المسأله إنما هى من باب الصغريات لا الكليه.

كمـا يظهر مواضع النظر فى قول المسالـك: (إن مقتضـى العـاده جواز تولى الغلام ذلك، سواء كان المسـتودع حاضـراً عنـده أو غائبـاً، وسواء كـان الغلاـم أمينـاً أم لا، وليس كل ذلك جائزاً هنا، بل إنما يجوز تولى الغلام لـذلك مع حضور المسـتودع عنـده ليطلع على قيـامه بمـا يجب، أو مع كونه أميناً وإلاـ لم يجز. ولاـ فرق فى ذلـك بين وقوع الفعـل فى المنزل وخـارجه، فلو توقف سقيها على نقلها ولم يكن أميناً فلابد من مصاحبته فى الطريق، وإنما تظهر الفائده فى نفس مباشره الغلام ذلك. وكذا لا فرق فى ذلك كله بين الغلام وغيره ممن يسـتنيبه المسـتودع. وعباره المصـنف لا تنافى ما قيدناه، لأنه لم يجوز إلا تولى السقى، وهو أعم من كونها مع ذلك فى يد المسـتودع وعدمه، والعام لا يدل على الخاص، فيمكن تخصـيصه إذا دل عليه الدليل وهو هنا موجود، لما أطبقوا عليه من عدم جواز إيداع

الودعی مع الإمکان وهذا فی معناه، وربما قیل بأن ذلک فیمن یمکن مباشرته لذلک الفعل عاده، أما من لا یکون کذلک فیجوز له التولیه کیف کان، وهو ضعیف)((۱)).

ثم إن السقی والعلف والمراح وغیرها یجب أن تکون حسب المتعارف زماناً ومکاناً وخصوصیهً، فلو خالف فعطب کان ضامناً.

ولو اختلف العرف الواحد حق له أن یعمل بأیهما أو بهما معاً فی جزئی الوقت أو الطعام أو ما أشبه فیما إذا لم یکن الجمع ضاراً، وإلاـ کـان اللاـزم اتبـاع أحـدهما، مثلاً إذا کان یطعم عرفاً بالشـعیر أو بالحنطه فجمع بینهما بما سـبب مرضه ضـمن، وإذا تعارف إطعامه فی اللیالی أو فی النهارات فأطعمه مره لیلاً ومره نهاراً مما أوجب ضعفه أو مرضه أو هزاله أو سمنته الزائده مثلا ضمن.

ثم حیث عرفت أن اللازم الحفظ عرفاً، فقد یکون الحفظ بحفظها عند نفسه، وقدیکون بحفظها عند غیره، کما فی الحال الحاضر حیث تحفظ الأموال خصوصاً الکثیره منها وخصوصاً فی المواضع الخطره فی المصارف لا فی البیوت، کما أنه یکون من التعدی نقـل الأموال بأعیانها من بلـد إلی بلـد فی مواضع الخطر، بل اللازم النقل بالحواله، إلی غیر ذلک مما لا ضابط له إلاّ رؤیه العرف فی کل مورد مورد.

ومنه یعلم وجه النظر فی قول الشـرائع حیث قال: (ولا یجوز إخراجها من منزله لـذلک إلا مع الضـروره کعـدم التمکن من سـقیها وعلفها فی منزله أو شبه ذلک من الأعذار)، لوضوح أن ذلک لیس علی وجه الکلیه بل تختلف الموارد.

ولـذا قال فی الجواهر: (ومنه یعلم ما فی قول المصـنف، ضـروره عدم الفرق بین ذلک وبین ما تقدم مع فرض قضاء العاده به ولم یکن ثم ما یقتضی التفریط بها).

۱- مسالک الأفهام: ج۵ ص۸۸

ومـا ذكره من الضـروره أيضـاً فى إطلاقه تأمل، إذ قـد يقتضـى الضـروره الإخراج وقـد لا تقتضـى، كما إذا كان بقاؤها فى البيت يوجب هزالهـا لقله الماء والعلف ونحوهما، أما إخراجها فمحل خطر اللص أو الحيوان المفترس أو نحو ذلك مما يودى بالحيوان كله، وقد يعكس الأمر بأن يكون خطر البيت أكثر من خطر الإخراج، فلكل مورد حكمه، والمحكم فى الجزئيات العرف.

حكم إخراج الدابه من المنزل

ومما تقدم يعرف موضع الرد والقبول فى قول مناهج المتقين: (ولا يجوز إخراج الدابه المودعه من المنزل للسـقى والعلف إلّا مع الضروره، كعدم إمكان السقى والعلف فى المنزل أو نحو ذلك من الأعذار، ولو قيل بجواز إخراج المعتاد غير المعدود تفريطاً أو تعدياً حتى مع عدم الضروره لم يكن بعيداً).

ثم لو أحضر المستودع الماء والعلف فامتنعت من الشرب والأكل مثلاً من جهه مرض أو نحوه، فعليه المعالجه عند الخبير، فإن لم يعالج كان من التفريط، أما إذا كان الامتناع لا لمرض بل تشـهياً كما قد يفعله الحيوان والطفل وما أشـبه فليس عليه شـيء، وإنما يؤخر تقديمها إليه كى يرغب فيهما.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (ولو قال المالك لا تعلفها أو لا تسقها لم يجز القبول، لكونه ذا كبد حراء ونفس محترمه وواجب النفقه على المالـك، بـل يجب عليه سـقيها وعلفهـا مراعـاةً لحق الله تعـالى شـأنه وإن أسـقط الآـدمى حقه، بـل مع امتناع المالك ورفع الأمر إلى الحاكم وأمره للنفقه من ماله يتجه الرجوع له عليه، وكذا لو كان بأمر عدول المؤمنين أو به مع الإشهاد أو بدونه مع نيه الرجوع على حسب ما تقدم).

وفى إطلاقه تأمل، إذ قـد ينهاه المالك وقـد يقول إنى لا أضـمن ذلك، ففى الأول قد يكون الحيوان يكتفى بنفسه، كما فيما إذا كان فى غابه أو ما أشبه مما لو ترك الودعى

ص:۶۰

سقيه وعلفه يرعى بنفسه، وقد لا يكون كذلك مما يوجب تلف الحيوان من دون سقيه وعلفه، ففى صوره عدم التلف لا وجه للإشكال، وفى صوره التلف ليس للودعى السقى والعلف ثم طلبها منه إذ للمالك أن يترك حيوانه حتى يملكه آخر أو يذهب هو بنفسه ليجد طعامه وشرابه، فللودعى إما القبول بدون ضمان المالك أو ترك الوديعه.

ومنه يعلم أنه ليس الإثم مطلقاً، فما ذكره الشرائع بقوله: (نعم لو أخل بذلك والحال هذه أثم ولم يضمن لأن المالك أسقط الضمان بنهيه كما لو أمره بإلقاء ماله فى البحر) انتهى، محل نظر.

ولا يخفى أن حال الشجر والبناء المحتاج إلى الرعايه والعنايه مما يرى الشارع أن عدمهما بالنسبه إليهما محرم حال الحيوان، فإطلاق المسالك بقوله: (الأقوى عدم وجوب حفظه فضلاً عن عدم الضمان، لأن حفظ المال إنما يجب على مالكه لا على غيره، وإنما وجب الإنفاق فى الحيوان لكونه ذا روح فيأثم بالتقصير فى حقه فيجب دفع ألمه) انتهى، محل نظر.

وديعه السفيه

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر: (نعم يبقى إشكال فى أصل صحه الوديعه على هذا الوجه المقتضى سفاهه المالك فيصير المال حينئذ فى يده أمانه شرعيه يجب ردها إلى المالك أو وليه، اللهم إلّا أن يفرض فى وجه لا سفاهه فيه، أو يقال إن السفه لا يؤثر فساداً بدون تحجير الحاكم).

ولا يخفى أن السفه الأحوالى الذى هو نوع من الجنون، عدمه شرط فى صحه الوديعه، أما السفه الأموالى فالظاهر أنه محجور وإن لم يحجره الحاكم، ولا يصح

عقده المالی وإن کان علی نحو الودیعه، قال سبحانه: (ولا تؤتوا السفهاء أموالکم)(۱)، وقال تعالی: (فإن آنستم منهم رشداً)(۲)، ولذا کان تصریح التنقیح علی بطلان عقد الودیعه لسفه أحدهما وإفلاسه، وقول المناهل: (إن عنده فیه إشکالاً، بل احتمال عدم البطلان فی غایه القوه للأصل السلیم عن المعارض، ولکن مراعاه الاحتیاط أولی)، غیر ظاهر المدرک.

وکذلک حال الکافر فإنه لا یصح إیداع الکافر القرآن الکریم، اللهم إلّا إذا کان المراد الأعم مما له السبیل علیه، کما إذا کان له وکیل مسلم یکون القرآن بیده وإن کان ودیعه عند الکافر، أما إذا ارتد المودع فماله حیث یقسم، یکون العبره فی الشرائط بالوارث لا بنفسه.

لو عین المودع

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو عین له موضع الاحتفاظ اقتصر علیه لأصاله حرمه التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه، وحینئذ فلو نقلها عنه ضمن لأنه عاد، إلاّ إذا کان النقل إلی أحرز، بل أو مثله علی قول قوی إذا فهم إراده المثال مما عینه ولو بقرینه ظهور کون الغرض له الاحتفاظ کتعیین الزرع والراکب ونحوهما فی المزارعه والإجاره، أما إذا لم یفهم ذلک فالأقوی الضمان حتی فی النقل إلی الأحرز فضلاً عن المساوی).

أقول: مقتضی القاعده هو اتباع تعیین المالک لفظاً أو ارتکازاً، سواء إلی المساوی أو الأحفظ أو الأردأ، نعم یأتی الکلام السابق هنا فیما إذا عین غیر الحرز، فإنه قد یکون حراماً کما إذا أمر الشارع بحفظه وإن نهی المودع عنه، وقد لا یکون کذلک، کما إذا کان حفظ الشاه فی المذئبه، وقد یقول احفظ الأسد فی

۱- سوره النساء: الآیه ۵

۲- سوره النساء: الآیه ۶

الغابه حيث إن غايه الأمر ذهابه مثلًا، ومثله لا يحرم، وهو كترك المالك إياه يـذهب حيث شاء، ولو أمر بحفظ الشاه فى المذئبه لم يكن ضامناً إن افترسها الذئب وإن فعل الودعى الحرام لما تقدم.

ولو قـال: احفظه فى مكـان كـذا فى حين كان حرزاً فخرج عن الحرزيه، فالارتكاز يعطى حفظه فى المساوى أو الأحفظ، كما أنه إذا زعم حرزيه المكـان المعين فعينه وليس بحرز واقعاً، كـان الارتكاز يقتضـى العـدم، فإن الاعتبار فى أمثال ذلك بالارتكاز لا باللفظ.

ثم إنه ينبغى إخراج صوره من الضـمان وهو ما إذا حفظه فى غير الحرز حيث لا حرز إطلاقاً، سواء علم المالك بعدم الحرز، كما إذا جاء السـيل مما يـذهب بالحيوان سواء كان عنـد المالك أو عند الودعى، أو كان كلاهما فى الغابه حيث إن الحيوان بيد كل منهمـا فى معرض الافتراس. أو لم يعلم المالك فيما لم يتمكن الودعى من إرجاعه إليه، وإلا فإن تمكن فهل يجب الإرجاع أو لا لأنه لا حرز على أى تقدير فتلفه عند الودعى وعند المالك على السواء.

ويفهم ما ذكرناه من القيد فى عباره القواعد حيث قال: (ولو استودع من صبى أو مجنون ضمن إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان)، وفى مفتاح الكرامه: (كما فى التذكره وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والكفايه) انتهى. إذ المعيار فيما ذكرناه وفيما ذكروه واحد.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فى إطلاق الشرائع: (ولا يجوز نقله إلى ما دونه ولو كان حرزاً إلا مع الخوف من إبقائها فيه).

وعلى أى حال فإذا جاز النقل حتى إلى الأدون ونقل فتلف الحيوان فاللازم القول بعدم الضمان، سواء كان التلف

بـافتراس حيوان مفترس أو بانهـدام السـقف أو بغير ذلـك، لأـن الجواز قـد حصـل وهو الإـذن المالكى أو الإذن الشـرعى، ومثله يقتضى عدم الضمان.

فمـا عـن بعضـهم مـن الحكم بالضـمان مع جـواز النقـل إلى الأـحرز والمسـاوى، كمـا مـا عن آخر من الفرق بين التلـف بـالنقل كالانهدام وغيره فيضمن فى الأول دون الثانى محل إشكال.

ومثـل النقل المكانى سائر الشـرائط، كما إذا قال: لا تعطه العلف الفلانى أو الماء الفلانى أو أعطه كـذا، حيث يكون غيره مساوياً أو أردأ أو أحسن، أو قال: يرعاه عبـدك الفلانى أو ولـدك الفلانى حيث إن غيره أحسن أومساو أوأردأ، إلى غير ذلك لوحـده الملاك فى جميع أمثال هذه المقامات.

ولو شك فى أن التعيين من باب الخصوصـيه أو الفرديه، لم يجز له المخالفه لأصاله العـدم، ولو كان على أحـد النحوين ثم مات المودع وقبل الوارث لما كان، فإن عين كما كان فهو، وإلا فالأصل عدم الخصوصيه.

وكذا فى العكس، بأن مات المستودع وقال المودع لوارثه: أنت كمورثك.

ثم قال الشرائع: (ولو قال: لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان إلّا أن يخاف تلفها فيه).

أقول: أمـا الضـمان بالنقـل كيف كان بمعنى أنه سواء كان إلى مساو أو إلى أحرز فلتحقق التعـدى فيها بالمخالفه لنهيه المقتضـى لعـدم جواز ذلـك له، بـل فى الجواهر إنه إجمـاعى، وأما إذا خاف التلف فإنما يجوز النقل إلى المساوى أو الأحرز فلأن الشارع أذن له فى ذلـك إن لم يكن ارتكـاز مـالكى، وإلاـ فهو وديعه مـالكيه أيضـاً، وإذا خاف التلف فيه وتمكن من النقل إلى الأدون الذى هو حرز نقله إليه أيضاً للملاك السابق.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو كان قد قال لا تنقلها عن هذا المكان وإن تلفت فيه، لعدم ثبوت هذه السلطنه له من السلطان الحقيقى، بل حرم عليه إضاعه المال وإتلافه من غير وجهه، ومن ذلك النهى عن التبذير وعن تمكين السفهاء من الأموال التى جعلها لنا قياماً).

أقول: هذا إنما يصح فيما إذا لم يجز التلف، أما إذا جاز كما إذا كان الوديعه فيلاً مثلاً، والفيل ينتفع بميته كما ينفع بحيه _ كما ربما يقال _ لم يأت فيه التبذير ونحوه، بل وكذلك الحال إن كان التلف على كل حال حيث لا تبذير، نعم لا يبعد عدم الجواز تكليفاً حيث نهى المالك، أو حرمه شرعيه لوجوب حفظ الحيوان المحترم.

ثم لو نقله بأمر شرعى فالظاهر أنه لا يخرج عن كونه وديعه، لأنه من باب تعدد المطلوب، إلاّ إذا كانت الوديعه مقيده على نحو وحده المطلوب، حيث تخرج عن كونه وديعه حينئذ.

فإطلاق الجواهر قوله: (لا يخفى عليك عدم بقائها حينئذ فى يده وديعه، بل هى أمانه شرعيه لعدم الاستنابه من المالك فى ذلك فيضمنها حينئذ لعدم الرد إلى المالك أو وليه فوراً أو الإعلام، كما أنه لا يخفى عدم وجوب ذلك عليه وإنما هو جائز له) محل نظر.

ثم إن الخوف هو المعيار لأنه الموضوع عند العقلاء فى عطائهم وأخذهم والشارع لم يغيره.

والظاهر أن المعيار الخوف العرفى لا الخوف الشخصى، لأن العرف هو الذى يفهم ذلك وهو الملقى إليه الكلام، فإذا خاف هو دونهم لم يعتن، وإذا خافوا ولم يخف اعتنى.

ثم إذا تلف فى المنقول إليه وظهر أنه لم يكن يتلف فى المنقول عنه لم يضمن، لأن الإنسان مأمور بأن يعمل حسب ما يظهر له، على ما سبق تفصيله.

ولو أودعه عند نفرين فخاف أحدهما دون الآخر، فالمرجع الحاكم، وإلا فالعدول، وإن لم يكونا جاز لكل التسليم للآخر، إذ لا دليل على الترجيح، نعم إذا كانوا ثلاثه أو خمسه أو ما أشبه لم يبعد الأخذ بالأكثريه إذا كانت أكثريه لأنها أرجح، بالإضافه إلى مناط الشورى، هذا فيما إذا لم يمكن التقسيم، وإلا عمل كل بحصته ما يراه صلاحاً، وربما يحتمل مع الاختلاف القرعه لأنها لكل أمر مشكل، لكن شمولها لمثل ما نحن فيه محل تأمل.

والظاهر أنه لو قال خفت فنقلت، قبل قوله باليمين لأنه مؤتمن، فإنكار المودع بدون أن يأتى بالبينه على إنكاره غير مفيد، ومن الواضح أن البينه المفيده إنما هى على عدم خوف الودعى لا على أنه لم يكن موضع الخوف.

ثم لو خاف المودع من البقاء فقال للودعى انقله، تخير الودعى بين نقله وبين إبطال الوديعه، أما إذا لم ينقل وضاع كان ضامناً لأنه لم يعمل بشرط المودع.

ثم إن ادعى الأمين نقلها إلى حرز آخر أو تبديل الوديعه فيما يصح له التبديل لكون الأصل فى معرض التلف، أو ادعى علاجها بما يستلزم المال، أو نحو ذلک من الطوارئ التى يدعيها الودعى، فالظاهر أنه مصدَّق لإطلاق أدله كونه مؤتمناً فليس عليه إلاّ اليمين.

ومنه يعلم وجه النظر فيما فى الجواهر حيث قال: (فى تصديقه بحصول ما يقتضى جواز مخالفه النهى أو وجوبه، وجهان لا يخلو ثانيهما من قوه، لعموم «البينه على المدعى»((١)) بعد الشک إن لم يکن الظن فى اندراجه تحت الأمين المصدق فى ذلک، ولا يبعد حينئذ الحكم بضمانه حتى تقوم البينه على حصوله، بل قد

ص:۶۶

١- الوسائل: ج١٨ ص٢١٥ الباب ٢٥ من أبواب الحكم والدعوى ح٣

يحتمل الضمان مع قيامها أيضاً فی کل مال مقبوض بلا إذن من المالک فضلًا عن النهی، وإن کان خلاف المشهور بین من تعرض له لعموم علی الید، والحسبه والإحسان یجوزان الإقدام ولا یرفعان الضمان الحاصل من خطاب الوضع، ونفی السبیل علی المحسن إنما هو بالنسبه إلی ما فعله من الإحسان فلیس له الاعتراض علیه فی ذلک).

وفرعه الثانی أولی بالإشکال، حیث إنه لا وجه للضمان بعد أن لیس علیه ضمان إلّا بالتعدی أو التفریط، والمفروض عدمهما فی المقام، لکن لاـ یخفی أن عدم الضمان إنما هو فیما إذا لم یکن نهی من المالک ولاـ أمر من الشارع، وإلا فإذا کان نهی من المالک ولم یأمر الشارع بالحفظ کان مقتضی القاعده أن مع النقل الضمان، کما إذا کان فیل لموته وحیاته قیمه واحده وفرض عدم أمر من الشارع بحفظ حیاته فنقله إلی موضع آخر حیث کان الموضع الأول فیه خطر الموت وجاء السیل إلی الموضع الثانی وذهب به فإنه یضمن، بخلاف ما إذا لم ینهه من النقل فإنه لا ضمان.

قال فی مناهج المتقین: (ولو نهی المودع المستودع عن النقل من الموضع الذی عیّنه لزمه الامتثال ولم یجز له النقل حتی إلی الأحفظ إلاّـ برضی جدید، ولو نقل من دون ذلک أثم وضمن، إلّا إذا خاف من إبقاء الودیعه تلفها أو نقصها فإنه لا إثم ولا ضمان فی نقلها إلّا إذا نهی من النقل فی صوره الخوف علیها أیضاً، فإن الأظهر عندی عدم جواز النقل وعدم الإثم ولا الضمان بترک النقل بل لو نقل حینئذ ضمن).

ثم إن المسالک قال: (اعلم أنه لو نقلها إلی غیر المعین وتوقف النقل علی

أجره فقد قال فی التذکره: إنه لا یرجع بها علی المالک لأنه متبرع بها، وهو حسن مع احتمال الرجوع مع نیته، لإذن الشرع له فی ذلک فیقدم علی إذن المالک، ولأن فیه جمعاً بین الحقین مع مراعاه حق الله تعالی فی امتثال أمره بحفظ المال).

وما ذکره المسالک هو مقتضی القاعده، اللهم إلّا فیما کان علی المالک الضرر فلا یریده، کما إذا کانت قیمه الشاه عشره وأجره النقل ثلاثین، مما یسبب النقل ضرر المالک، فهو یقدم ضرر عشره بتلف الشاه علی ضرر عشرین بنقلها، ولهذا ینهی الودعی عن النقل، ولا دلیل علی لزوم التضرر شرعاً فی مثل ذلک بحفظ الشاه، بل مقتضی الامتنان تقدم دلیل «لا ضرر» علی الدلیل الأولی بحفظ الشاه، فلا أمر شرعی ولا مالکی فی المقام، وکلامهم منصرف عن مثل ذلک، وکذلک الحال فی علاجها وعلفها أو نحوهما.

لو دار الأمر بین حفظ الودیعه وواجب آخر

وإذا دار الأمر بین حفظ الودیعه أو واجب آخر من ودیعه أخری أو غیرها، کحفظ الودیعه أو حفظ نفس محترمه، قدم أهمهما، وإن تساویا تخیر، کما إذا دار بین ودیعتین متساویتین لإنسان واحد أو إنسانین، والظاهر أنه لا یکون علیه ضمان حینئذ بتلف الودیعه أو نقصها أو ما أشبه، لأنه لیس من التعدی والتفریط فی شیء.

کما أنه إذا تصرف فی الودیعه تصرفاً محرماً أولاً وبالذات لکن کان تصرفه للأهمیه لم یکن علیه ضمان، کما إذا أراد الظالم غصب الدابه إن علم أنها لیست له، أما إذا رکبها حیث یظن أنها له لا یغصبها، فرکبها لأجل ذلک، قال سبحانه: (وکان ورائهم ملک یأخذ کل سفینه غصباً)((1))، لم یکن علیه ضمان.

وقد ألمعنا سابقاً إلی أن حفظ الودیعه واجب فیمکن أن یعارض بینه وبین سائر الواجبات والمحرمات.

1- سوره الکهف: الآیه 79

ومنـه يعلم الـوجه فى قـول مناهـج المتقين: (لـو دار الأـمر بين حفـظ وديعه لشـخص وبين حفـظ وديعه أخرى لآـخر، قـدم حفظ أرجحهما، ولو تساويا تخير بينهما).

أمـا قوله: (ولاـ يجوز ارتكـاب غير الكـذب من المحرمات كشـرب الخمر والزنا وترك الصـلاه ونحوها لأجل حفظ الوديعه على الأظهر)، فقد عرفت ما فيه وإنما يلزم أن يلاحظ الأهم فى نظر الشارع.

إيداع المجنون والصبى

ثم قال الشـرائع: (ولا تصح وديعه الطفل ولا المجنون)، وفى الجواهر: (بلا خلاف بل الإجماع بقسـميه عليه)، وهو كما ذكروا لما تقـدم من اشتراط التكليف فى طرفى الوديعه، والطفل والمجنون لا تكليف لهما، وفى الروايات «لا أمر للغلام حتى يحتلم»((۱))، و«رفع القلم عن المجنون»((۲))، إلى غير ذلك من الأدله العامه الشامله للمقام.

نعم لو كـان آله بين المودع والمسـتودع لم يكن بـذلك بـأس، بـل الحيوان يمكن أن يكون آله أيضـاً، فإن المعامله ليست معها وإنما مع الطرف البالغ العاقل.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولا يجوز وضع اليد عليها بل يضمن القابض بذلك منهما لعموم «على اليد ما أخذت»((۳)) وغيره، ولا يبرؤ بردها إليهما للحجر عليهما، وإنما يبرؤ بالرد إلى وليهما الخاص أو العام مع تعذره)، وهو كما ذكرا.

أمـا إذا بلغ الصبى وأفـاق المجنون فردهـا إليهمـا كفى لتبـدل الموضوع، كمـا أنه لو انعكس بأن كان المكلف طرف الوديعه ثم خرج عن التكليف لا يجوز التسليم إليه، كما إذا أودع عنده عاقل ثم صار مجنوناً، وإنما يكون الأمر بعد جنونه إلى وليه.

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۴۲ الباب ۲ من كتاب الحجر ح۱

۲- الوسائل: ج۱ الباب ۴ من كتاب الطهاره ح۱۰

۳- المستدرك: ج۲ ص۵۰۴ الباب ۱ من الوديعه ح۱۲

ثم إن المسالک قال: (وإطلاق حکم المصنف بالضمان یشمل ما لو علم تلفها فی أیدیهما وعدمه، والأقوی أنه لو قبضها منهما مع خوف هلاکهما بنیه الحسبه فی الحفظ لم یضمن، لأنه محسن ﴿وما علی المحسنین من سبیل﴾((1)) لکن یجب علیه مراجعه الولی فی ذلک، فإن تعذر قبضها وترتب الحکم حینئذ).

وهو کما ذکره، إذ الشارع یحبب حفظ مال القصیر، والمفروض أنه منه، وأولی منه ما لو کانت الودیعه إنساناً، کما إذا کان للمجنون طفله عرضها فی معرض التلف إذا بقی بید المجنون، فإشکال الجواهر علی المسالک القائل بعدم الضمان، غیر ظاهر الوجه.

ولذا قال فی مناهج المتقین: (نعم لو خاف علی المال مع عدم القبض التلف فقبضه للحفظ والإیصال إلی الولی فلا ضمان علیه).

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وکذا لا یصح أن یستودعا، وإن کان لو أودعا لم یضمنا بالإهمال، وفاقاً للمشهور، لأن المودع لهما فی الحقیقه هو المتلف ماله بإیداعه مثلهما الذی لم یجب علیه الحفظ وأداء الأمانه، فسببیته فی الإتلاف أقوی من تفریطهما فیه، ولا دلیل علی ضمانهما بذلک بعد ظهور قوله (علیه السلام): «علی الید ما أخذت حتی تؤدی»((2)) فی غیر الفرض بسبب تفریط المالک).

أقول: لا ینبغی الإشکال فی عدم الضمان بإیداع المالک ماله المجنون أو الطفل غیر الممیز، لأن السبب فی التلف أقوی من المباشر، فهو کإیداعه الحیوان، وکون الحیوان لا ذمه ولا ملک له بخلافهما لا یکون فارقاً فی المقام الذی هو من أقوائیه السبب علی المباشر، لنسبه التلف إلیه لا إلی المباشر، ومثلهما السکران

١- سوره التوبه: الآیه ٩١

٢- المستدرک: ج٢ ص٥٠٤ الباب ٥ من کتاب الودیعه ح١٢

والمغمى عليه والنائم، كما إذا وضعه فى يده وهو فى حال النوم، إلى غير ذلك، بل دليل اليد منصرف عن مثلهم عرفاً.

ولا فرق بين أن يكون المودع مثل المستودع فى عدم التكليف، كما إذا أودع مجنون مجنوناً، فإن المجنون المستودع لا يكون ضامناً بتلفه.

أما إذا كان المستودع صبياً مميزاً، كما إذا كان مراهقاً مثلاً، فهل يضمن لإطلاق أدلته والملاك فى سرقته، ولأن الضمان حكم وضعى لا فرق فيه بين البالغ وغير البالغ، أو لا لرفع القلم، الظاهر الأول بل هو مقتضى كون عمد الصبى خطأً تحمله العاقله، إذ لو كان كالحيوان لم يكن عليه ولا على عاقلته شىء.

ومنه يعلم وجه النظر فيما فى المسالك من أن (على) فى «على اليد» ظاهره فى وجوب الدفع والتكليف بالرد فيكون مختصاً بالمكلف، فتأمل.

ثم إن المسالك قال: (ويفهم من قوله: (لم يضمنا بالإهمال) أنها لو تلفت بغيره بأن تعديا فيها فتلفت أنهما يضمنان، وهو كذلك على الأقوى، لأن الإتلاف لمال الغير سبب فى ضمانه إذا وقع بغير إذنه، والأسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير والكبير، ومثله القول فى كل ما يتلفانه من مال الغير ويأكلانه منه، فإنهما يضمنانه وإن لم يكن لهما مال حين الإتلاف، لأن تعلق الحق بالذمه لا يتوقف عليه، نعم إيجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف كما مر، فقبله يكون المخاطب بالدفع من مالهما الولى إن كان لهما مال، وإلا كان ديناً عليهما يجب عليهما قضاؤه بعد التكليف، ولو فرض موتهما قبله ولا مال لهما أو لهما مال ولم يعلم الولى بالحال لم يؤاخذ به فى الآخره بخلاف المكلف).

ويرد عليه: إنه لا فرق بين الإهمال والتعدى فى صوره عدم التكليف، لما عرفت

من أن السبب هو المودع وهو أقوى من المباشر، ولا فرق فى ذلك بين التعدى والتفريط والإهمال، أما بالنسبه إلى غير المميز والمجنون فمقتضى القاعده عدم الضمان، إذ لا إشكال فى عدم التكليف، وأما الوضع فالأصل عدمه أيضاً، فمن أين أنه ثابت على كل أحد، بل ظاهر رفع القلم الإطلاق وضعاً وتكليفاً إلّا ما خرج بالدليل من نص أو إجماع أو غيرهما، فهما كالحيوان.

والنقض بأنهما لا ينقصان عن النائم وهو ضامن إن ضربت رجله كوز الغير فانكسر، كما ورد فى انقلاب الظئر على الولد فمات، محل نظر، لأنه يقال: من أين ذلك فى النائم أيضاً وقد ورد رفع القلم عن النائم حتى يستفيق.

لا يقال: الحكم إجماعى.

فإنه يقال: لا إجماع فى المسأله.

قال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (أما لو أكلها الصبى وأتلفها فالأقرب الضمان) ما لفظه: (كما فى المبسوط والسرائر فى ظاهرهما أو صريحهما، وظاهر الشرائع والإرشاد، وصريح التذكره والتحرير فى الباب والمسالك، وقيد فى الحواشى وجامع المقاصد بما إذا كان مميزاً، وقد قطع به ــ أى الضمان ــ فى الثانى وقواه فيه إذا لم يكن مميزاً فى الباب، وفى باب الحجر الحكم بعدم الضمان فى غير المميز، وقرب عدم الضمان مطلقاً فى حجر التذكره والتحرير، وجزم فى لقطتهما ولقطه الكتاب وجامع المقاصد بالضمان).

وعلى أى حال فالأصل عدم الضمان بعد عدم شمول «من أتلف»(1) و «على اليد»(2).

ومثل قوله (عليه السلام): «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابه أو

١- الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ الباب ١٠ ح١
٢- المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعه ح١٢

حفر بئراً فی طریق المسلمین فأصاب شیئاً فعطب فهو له ضامن»((۱)) منصرف عن المجنون وغیر الممیز.

نعم الظاهر عدم انصرافها عن الممیز، بل له نوع تکلیف أیضاً، ولذا یؤدب سارقه وزانیه ولائطه ومن أشبه.

ومنه یعلم وجه النظر فی قول الجواهر المدعی للقطع، حیث یقال إنه من أی مکان حصل مثل هذا القطع، وهل هو حجه إلاّ للقاطع، قال: (والتحقیق أن یقال: إن الید بغیر إذن شرعیه من أسباب الضمان قطعاً، من غیر فرق بین المکلف وغیره، فلو أودع صبی صبیاً أو مجنوناً، أو مجنون صبیاً أو مجنوناً فتلف هی فی یدهما کانا ضامنین لذلک، والفرق بینهما وبین الدابه أن لهما ذمهً وملکاً وغیرهما بخلافها، وأی فرق فی أسباب الوضع بین ذلک وبین الجنایه والحدث وغیرهما).

إذ فیه: إن الدلیل إن لم یدل فی الجنایه والحدث لم نقل به أیضاً، وتنظیر الباب بذلک إذا ثبت فیهما من باب القیاس الذی لا نقول به بعد عدم العلم بالملاک، بل ربما یقال: إن «من أتلف» لیس روایه وإنما قاعده مستفاده من مضامین الأخبار، فلا إطلاق لها حتی یتمسک بها فی المقام.

لو تصرف جاهلا بأنه ودیعه

نعم الظاهر عدم الإشکال فی الضمان إذا کان جاهلاً لأنه ودیعه، بأن ظن أنه له أو تبرع، إلاّ إذا کان هناک سبب أقوی، کما إذا قدم إلی الغیر طعام إنسان فزعم أنه هدیه من المعطی إلیه، فإن تلفه یوجب کون قرار الضمان علی المهدی، کما حقق فی کتاب الغصب، وإن کان هو ضامناً أیضاً لدلیل الید وغیره.

۱- الوسائل: ج۹ ص۱۸۲ الباب ۱۱ من أبواب موجبات الضمان من کتاب الدیات ح۱

مسأله ٣: وجوب الإشهاد عند أماره الموت

(مسأله ٣): قال فی الشرائع: (وإذا ظهر أماره الموت وجب الإشهاد بها).

وفی الجواهر: (كما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم، نعم فی القواعد إبدال ذلک بالوصيه بها، ولعله يريد ذلک ضروره انحصار وجه وجوب ذلک فی لزوم الحفظ وحرمه التفريط بها وترک ذلک يقتضی ذلک، فإن الوارث بدونه يستحق بإرثه جميع ما كان يده عليه، وكذا الديان، والوصيه بها مع عدم الإشهاد لا يرفع ذلک، فلا محيص حينئذ عن إراده معنی الإشهاد عليها من الوصيه بها كالعكس).

أقول: الظاهر أن الإشهاد من باب المثال، وإلا فكلما يوجب رد الوديعه إلی صاحبها واجب تخييری، سواء كان بالإشهاد أو الوصيه بها أو بالثلث المنطبق عليها، كما إذا كانت عنده فقال لأولاده: أوصيكم بإعطائها لزيد، أو بالكتابه أو بالإرسال إلی المالک، كما إذا كانت الوديعه حيواناً إذا أطلق سراحه ذهب إلی مالكه، وإن كان وصوله إلی المالک بعد موت المستودع، أو غير ذلک، ولذا لا يجب أی ذلک إذا كان المودع يستولی عليها ولو بزعم أنه غصب من الورثه، إذ قد عرفت المعيار فی الوجوب.

ومنه يعلم أن الوجوب ليس ذاتياً بل غيری، وذلک يتوقف علی حقيقه الموت، فظهور أمارات الموت التی لا تنتهی إلی الموت لا يوجب شيئاً، فإن ترک والحال هذه لم يكن إلا تجرياً.

ومما تقدم يعرف أن قول الجواهر: (فالمتجه حينئذ تحقق الضمان بأول أزمنه التفريط وإن أشهد بعد ذلک) غير ظاهر الوجه، إذ المعيار عمل ما يوجب رجوع الوديعه إلی صاحبها، وذلک يتحقق بالإشهاد أو نحوه فی آخر فرصه فلا وجه لتحقق الضمان.

أما قوله بعد ذلك: (هذا كله بناءً على جواز بقائها وديعةً عنده مع ظن الوفاه، وإلا فقد يقوى وجوب الرد على المالك مع الإمكان، وإلا فالحاكم، وإلا فعدول المؤمنين، ومع فرض التعذر يشهد عليها حينئذ ويوصى بردها، وذلك لإطلاق وجوب رد الأمانه إلى أهلها والخطابات المطلقه، فتضيق بظن الوفاه لعدم الوثوق حينئذ بزمان غيره لامتثالها، والتضيق بالمطالبه لا ينافى التضيق بذلك).

فغير ظاهر، فإن وجوب رد الأمانه لا يدل على الوجوب عليه إذا كان المالك لا يريدها وكانت الورثه يردونها، ولذا أشكلنا على العروه فى بحثه للأموات حيث قال: (يجب عنه ظهور أمارات الموت أداء حقوق الناس الواجبه ورد الودائع والأمانات التى عنده مع الإمكان، والوصيه بها مع عدمه مع الاستحكام على وجه لا يعتريه الخلل بعد موته)، فإن إيجاب رد الودائع لا دليل عليه، وإنما الواجب جعل الوديعه بحيث ترجع إلى صاحبها إذا أرادها، وربما يؤيده رد على (عليه السلام) ودائع رسول الله (صلى الله عليه وآله)((1)).

الإيصاء إلى فاسق ثقه

ولذا كان المحكى عن المبسوط والسرائر أنهما قالا: (إذا حضرته الوفاه فإنه يلزمه أن يشهد على نفسه بأن عنده وديعه لفلان، ويشهد حتى لا يختلط بماله)، وفى القواعد: (ومن حضرته الوفاه وجب عليه الوصيه بما عنده من الوديعه)، وعن التذكره والمفاتيح وظاهر جامع المقاصد: جعل الواجب الإيصاء بدون الإشهاد، وفى الشرائع والتحرير والإرشاد: وجوب الإشهاد عند خوف الموت أو ظهور أماراته أو حضور الوفاه، على اختلافهم فى التعبير، وعن الكفايه: إن فى المسأله قولين: وجوب الإشهاد على قول، أو الإيصاء على قول آخر، ونحوه

ص:٧٥

١- المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعه ح١٢

عن المفاتيح لكنه استظهر براءته بالإيصاء.

نعم فى التحرير: (إذا حضرت المودع الوفاه وجب عليه دفعها إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الثقه على الترتيب، ولو تعذر وجب الإيصاء بها والإشهاد).

ونحوه المحكى عن التذكره فى أول كلامه.

وفى مفتاح الكرامه: (ولعل وجهه أن الإيصاء غير كاف فى دفع خوف الضياع لاحتمال عدم وصولها إلى أهلها، ولعل مراده الأولويه لأنه قال فى التذكره بعد ذلك فى فروع المسأله: الأقرب الاكتفاء بالوصيه وإن أمكنه الرد إلى المالك لأنه مستودع لا يدرى متى يموت فيستصحب الحكم، ويحتمل أن يجب عليه الرد إلى المالك أو وكيله عند المرض، فإن تعذر أودع عند الحاكم أو أوصى إليه كما إذا عزم على السفر، وهو قول أكثر الشافعيه).

ولا يخفى أن مراده بالمرض المرض المخوف، وإلا ففى مجمع البرهان وغيره _ كما حكى عنهم _ أن الظاهر عدم الخلاف فى عدم الوجوب عند مطلق المرض.

وعلى أى حال، فلا دليل على وجوب أكثر من الإتقان الموجب لعدم الخيانه، وذلك يتحقق بأى وجه عرفى على سبيل التخيير، فإن لم يكن إلا وجه واحد تعين، وإن أمكن بوجهين كأن يشهد لبعضها ويوصى لبعض كفى، وهكذا إذا أمكن بوجوه ثلاثه لكل أبعاضها.

ومنه يظهر حال ما إذا كان يصل إلى المودع وإن لم يشهد، كما إذا سجله من أول الأمر فى المصرف بأنه بعد موته يعطى لفلان، نعم يجب أن لاـ يوقع على نحو الوصيه فيما إذا كان أكثر من ثلثه بما لاـ يجيزه الوارث مما يسبب تلف بعض الوديعه على صاحبها، وإلا جاز.

كما أن منه يظهر الحال فيما إذا كان له مال إذا لم يوص ولم يشهد أو لم

يظهر محله وما أشبه ذلك ضاع للوارث أو الديان أو نحوهما، لأن فى ذلك تلف المال على صاحبه الوارث، وعدم وصول الدين الواجب إيصاله إلى الديان إليهم، وكلاهما محرم شرعاً.

ثم لا يخفى أن مرادهم بالإشهاد هو إشهاد من يثبت بقوله، سواء كان شاهدين أو كالخبر المحفوف بالقرائن أو ما يوجب التواتر أو ما أشبه ذلك، لأنه طريقى كما عرفت، فلا خصوصيه لإشهاد شاهدين، فقول مفتاح الكرامه: (والمتبادر من الإشهاد أن يشهد شاهدين ليحصل بهما الإثبات حيث ينكر الورثه أو يكون بعضهم صغاراً لأن لا يمتنع الوصى من تسليمها إلى مالكها من دون الإثبات) محل تأمل.

ثم إن القواعد قال: (إلّا أن يموت فجئه على إشكال ومثله القتل غيله)، ومراده عدم الضمان وهو خيره التذكره والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرهم، لكن خيره الإيضاح فى المحكى عنه الضمان، واحتج عليه بأن الوصيه والإشهاد سبب فى منع الوارث من جحودها وفى وجوب أدائها ظاهراً إن علم بها، وفى نفس الأمر إن لم يعلم، وذلك كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ ولا معنى للتفريط إلّا ذلك.

وفيه: إن المدار فى الضمان على التقصير والتفريط والخيانه، وليست أى ذلك فى المقام فى الموت فجئه أو غيله، إلّا إذا كان الموت فجئه عقلائياً بحيث يسمى خيانه بعدم الوصيه والإشهاد، كما إذا ابتلى بالسرطان وقال له الأطباء أنه يموت فى لحظه ما، أو أنه يريد السفر فى مكان مخطور من جهه غرق أو حرق أو لص أو نحو ذلك.

وعلى أى حال، إذا لم يصل المال إلى المودع ولو لم يكن المستودع عاصياً

لم يسقط المال أو بدله عن ملكيه المودع، فله التقاص من التركه مثلًا فى المثلى وقيمةً فى القيمى، وإن لم يقدر على المثل فى المثلى أخذ القيمه على ما فصّلناه فى كتاب الغصب.

وحيث قد عرفت أن العبره بالإتقان العرفى مما يقابل الخيانه، فلا إشكال فى الإيصاء إلى فاسق متقن أو فاسد العقيده أو كافر أو بلا إشهاد أو نحو ذلك إذا كان من الإتقان العرفى وأداء الأمانه، ولذا تقبل روايه فاسدى العقيده إذا كانوا ثقاه، فقول الجواهر: (ولا عبره بغيره كالإيصاء إلى فاسق أو بلا إشهاد أو نحو ذلك) غير ظاهر الوجه.

ثم مثل الإيصاء لما بعد الموت الإيصاء إذا كان مشرفاً على الجنون، أو كان له جنون أدوارى، أو إغماء أو نوم غير طبيعى، فيقول فى حال صحته وصحوته ويقظته بأن الأمانه الفلانيه لفلان، ولو قال كذلك فى حال عدم تفليسه ثم أفلس كان قوله حجه، لأنه من إقرار العقلاء المقبول، بخلاف ما إذا قال فى حال حجره، لأنه لا يملك فلا يملك الإقرار، وهو المفهوم ممن ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ولو قال: له عندى مال وكل ما يقوله هو الحق، فالظاهر أن ما يقوله يجب تنفيذه لأنه من إقرار العقلاء، فأى فرق بين أن يقوله فى حال الحياه بالنسبه إلى حال الحياه، أو فى حال الحياه بالنسبه إلى حال الموت.

ولو قال مجملًا فى المودع، كما لو قالا: أحدنا عنده كذا لفلان، أو فى المستودع كما لو قال: أحدكما يطلب منى أو أحدهما مثلاً، أو فى الوديعه كيفاً كما لو قال: له الشاه أو الفرس، أو كماً كما لو قال: بين الواحده والعشره، كفى إذا أمكن العلم بما لا يصدق الخيانه ونحوها، أو كان الطرف متسامحاً لا يهمه الأمر

إطلاقاً فهو راض بمثل ذلك، أو قال الطرف: يكفينى قولك مجملا، لأنه من إسقاط الحق فى المسامح بالرضا، وفى المصرح باللفظ ونحوه.

ومنه يعلم أن مرادهم بلزوم التعيين غير صوره ما استثنيناه، قال فى المسالك: (يجب على الودعى على تقدير الإشهاد والإيصاء تعيين الوديعه وتمييزها ببيان جنسها ووصفها الرافعين للجهاله عنها، فلو اقتصر على قوله: عندى وديعه لفلان، أو ذكر الجنس وأبهم الوصف، كما لو قال: عندى ثوب لفلان فهو كما لو لم يوص).

كما يعرف وجه النظر فى إطلاق القواعد قوله: (ولو أوصى إلى فاسق أو أجمل كقوله: عندى ثوب، وله أثواب ضمن)، وإن قال فى مفتاح الكرامه: (هو خيره التذكره والتحرير وجامع المقاصد والمسالك فى الحكمين، وخيره المفاتيح فى الأول، وظاهر المبسوط فى الثانى).

ويؤيد ما ذكرناه من الاستثناء ما علله به الحكم الأول بقوله: (فلأن الوصيه إلى الفاسق تزيد فى التضييع، لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانه).

وعلله فى الثانى بقوله: (لأن الوديعه مع الإجمال لا تعرف بعينها، فلا يمكن ردها بحسب العاده وذلك مناف للحفظ).

الإيصاء مبهمًا

ومما ذكرناه يعلم حال ما إذا أوصى مبهماً لكن المطلب يظهر بنفسه، كما لو قال: عندى دابه لإنسان، فإذا فتحت الورثه الاصطبل ذهبت إحداها إلى دار زيد مما يوجب العلم بأنها له بما لو لم يوص وذهبت لم يحصل العلم فلا ترد الأمانه إلى صاحبها.

ومما تقدم يعرف حال ما إذا قال: إحدى هذه النعال لإنسان من الحاضرين

وكانت إحداها يقدر رجل زيد مما يظهر أنها له، إلى غير ذلك من الأمثله، لوحده الملاك فى الجميع.

ثم إن المسالك قال: (وعلى تقدير ذكر الجنس خاصه إما أن لا يوجد فى تركته ذلك الجنس، أو يوجد متعدداً، أو متحداً، ففى الأولين لا يحكم للموصى له بشىء ويضمن الودعى، أما على تقدير عدم وجوده فظاهر لتقصيره ترك البيان، وأما على تقدير وجود المتعدد فهو بمنزله خلطها بماله حيث لا يتميز فيكون تفريطاً يوجب الضمان، ولا يكون الموصى له شريكاً فى الثياب الموجوده لأصاله عدم استحقاقه شيئاً فى تركه الودعى، وإن كان ضامناً لحقه فيرجع إلى المثل أوالقيمه، ويحتمل كونه شريكاً لأصاله البقاء وإن حكم بالضمان كما لو مزجه بماله).

ورده الجواهر بأنه (لا فرق مع ذكره الجنس بين أن لا يوجد فى تركته ذلك الجنس أو يوجد، متعدداً أو متحداً، لحصول التقصير وترك البيان على كل حال، والوجود فى التركه لا يقتضى كونه الوديعه، وأصاله بقائها لا تقتضى كونها المشخصه كى يكون شريكاً مع التعذر ومختصاً به مع الاتحاد).

أقول: فى غير الصوره التى استثنيناها من التسامح ونحوه إذا لم يعلم المستودع الخصوصيه إما لنسيان من غير تقصير أو لأجل احتراق دفتره المسجل فيه الخصوصيات أو لغير ذلك، لم يكن عليه إلاّ ذكر ما يعلم، سواء بتفصيل إن كان يعلم تفصيلاً، أو بإجمال إن كان يعلم إجمالاً، كما إذا علم أنه لأحدهما فاللازم أن يقول ذلك، لا أن يقول هو لإنسان، وإذا علم فاللازم أن يقول ما يخرجه عن الخيانه والتقصير عرفاً، فإذا أتلف شاةً لزيد مما لا توجد فى تركته شاه الآن وقال: يطلبنى شاةً، فالعرف لا يرون مثله خيانه، وكذلك الحال إذا وجدت عنده شياه متساويه وقال: له إحداها.

أما مع الاختلاف فإن كانت الشاه الأقل قيمه لزيد وقال إحداها له لم تكن خيانه بطريق أولى، لأنه على أسوأ الاحتمالات يأخذ الشاه الأقل قيمه ومثله ليس بخيانه.

والحاصل إن المعيار هو صدق الخيانه والتقصير ونحوهما من العناوين الشرعيه أو الفقهائيه، وجمله مما ذكروه ليس من تلك المصاديق، أما إدخال المسالك فى المسأله الأصول فالظاهر عدم مدخليتها فى التشخيص كما أشار إليه الجواهر.

ثم إن كانت الوديعه كالدينار فى الحال الحاضر لم يحتج إلى تشخيصه بين دنانيره أو دنانير غيره، لما تقدم فى بعض المباحث من أن الخلط فى مثل ذلك ليس خلافاً، إلّا إذا نص المودع على العدم، فإذا قال المستودع: فى مالى عشره دنانير لزيد كفى.

ثم لو شككنا بأنه هل فرط فى عدم الإيصاء أو عدم ذكر الخصوصيات، أو لا بأن كان ناسياً للأصل أو الخصوصيات مثلًا، كان الأصل عدم التفريط، فلا ضمان، فإنه بالإضافه إلى كونه مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح يأتى دور «الأمين مؤتمن» وما أشبه.

لو لم يشهد وأنكر الورثه

ثم إن الشرائع قال: (لو لم يشهد وأنكر الورثه كان القول قولهم ولا يمين عليهم، إلّا أن يدعى عليهم العلم).

أقول: لو أشهد وشهدوا لم ينفع إنكار الورثه، وكذلك إذا كانت شهود بدون إشهاد.

وإنكار الورثه إن كان عن علم حلفوا على العدم، وإن كان عن عدم العلم يحلفون على عدم العلم ويسقط دعوى المدعى، ولو علموا أصل الوديعه لكنهم لا يجدونها فى التركه مما احتمل التلف من دون ضمان، ليس عليهم شىء بعد حمل فعل المستودع على الصحيح.

لكن ربما يقال: إن كان احتمال التلف عن عمد أو غير عمد صح ذلك،

أما إذا كان احتمال البيع وتبديلها إلى النقد اضطراراً أو ما أشبه لم يكن وجه لعدم الضمان، لأن كلا الأمرين على سبيل الصحه، فاللازم الضمان بمعنى لزوم إرجاع المثل أو القيمه، لأنهم يعلمون باشتغال ذمه الميت والأصل البقاء، كما إذا علموا أنه كان عليه حج أو صلاه أو صيام أو مال للناس أو ما أشبه ثم لم يعلموا هل أداه أو لا، ولا تقتضي العاده بالأداء لقصر المده ونحوه، فلا يقال: هذا خلاف السيره، حيث يعلم الورثه غالباً اشتغال ذمه مورثهم بالخمس أو بعض الصلوات والصيام ومع ذلك لا يؤدونها.

لا يقال: أصاله عدم الاضطرار محكمه.

لأنه يقال: هذا أصل مثبت ولا يمكن التمسك به فتأمل.

ثم إن الوجدان وعدم الوجدان إنما هو فيما إذا لم تكن الوديعه كالدينار، وللميت فی تركته دنانير، وإلا ليس من عدم الوجدان.

ومنه يعلم وجه النظر فی إطلاق المسالك حيث إنه بعد ذكره مسأله المتن قال: (ومثله ما لو أقر الورثه بالوديعه ولكن لا يوجد فی التركه وادعى المستودع أنه قصر فی الإشهاد، وقال الورثه لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير، فالقول قولهم، عملاً بظاهر براءه الذمه، ولا ـ يمين أيضاً إلاّ ـ مع دعواه عليهم بالتقصير، ويمكن أن يريد المصنف فی المسأله هذا القسم بأن يكون المراد بإنكار الورثه إنكارهم وجودها فی التركه حيث لم يشهد، وحملوا ترك إشهاده على تلفها قبل حصول ما يوجب الإشهاد، وادعى المالك بقاءها وتقصيره فی الإشهاد، والحكم فی المسألتين واحد فتأمل).

ثم إنه لو اختلفت الورثه بين مقر ومنكر وجاهل، كان لكل حكمه، إلاّ أن يكون المقر بشرائط الشهاده فتبثت على الجميع.

ص:٨٢

روايات الأمانه

ثم إن الشرائع قال: (وتجب إعاده الوديعه على المودع مع المطالبه ولو كان كافراً).

أقول: ويدل على ذلك عدم الخلاف فى المسأله إطلاقاً، بل الإجماع بقسميه عليه، بالإضافه إلى أنه حكم العقل، وتواتر الروايات الداله عليه، بعد قوله سبحانه وتعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)((١)).

فعن الحسين بن مصعب الهمدانى، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «ثلاث لا عذر لأحد فيها: أداء الأمانه إلى البر والفاجر، والوفاء بالعهد للبر والفاجر، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين»((٢)).

وفى روايه عنبسه، عن أبى عبد الله (عليه السلام) نحوه، إلّا أنه قال: «لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصه»((٣)).

وعن عمر بن أبى حفص، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانه إلى من ائتمنكم، فلو أن قاتل على (عليه السلام) ائتمننى على أمانه لأديتها إليه»((٤)).

وعن أبى شبل قال: قال لى أبو عبد الله (عليه السلام): «ابتداءً أحببتمونا وأبغضنا الناس» إلى أن قال: «فاتقوا الله فإنكم فى هدنه وأدوا الأمانه، فإذا تميز الناس ذهب كل قوم بهواهم وذهبتم بالحق ما أطعتمونا فاتقوا الله وأدوا الأمانات إلى الأسود والأبيض وإن كان حرورياً وإن كان شامياً»((٥)).

وعن إسماعيل بن عبد الله القرشى: إن رجلاً قال لأبى عبد الله (عليه السلام): الناصب

١- سوره النساء: الآيه ٥٨

٢- الوسائل: ج١٣ ص٢٢١ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح١

٣- الوسائل: ج١٣ ص٢٢١ الباب ٢ من كتاب الوديعه ذيل ح١

٤- الوسائل: ج١٣ ص٢٢١ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح٢

٥- الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح٣

یحل لی اغتیاله، قال: «أد الأمانه إلی من ائتمنک وأراد منک النصیحه ولو إلی قاتل الحسین (علیه السلام)»((۱)).

وعن الشیبانی، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: قلت له: رجل من موالیک یستحل مال بنی أمیه ودماءهم وإنه وقع لهم عنده ودیعه، فقال: «أدوا الأمانه إلی أهلها وإن کانوا مجوساً، فإن ذلک لا یکون حتی قیام قائمنا فیحل ویحرم»((۲)).

وعن محمد بن مسلم، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: قال أمیر المؤمنین (علیه السلام): «أدوا الأمانه ولو إلی قاتل ولد الأنبیاء»((۳)).

وعن الحسین بن أبی العلاء، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «إن الله عز وجل لم یبعث نبیاً إلّا بصدق الحدیث وأداء الأمانه إلی البر والفاجر»((۴)).

وعن عمار بن مروان، قال: قال أبو عبد الله (علیه السلام) فی وصیته له: «اعلم أن ضارب علی (علیه السلام) بالسیف وقاتله لو ائتمننی واستنصحنی واستشارنی ثم قبلت ذلک منه لأدیت إلیه الأمانه»((۵)).

وعن محمد بن القاسم، قال: سألت أبا الحسن ـ یعنی موسی ـ (علیه السلام) عن رجل استودع رجلًا مالًا له قیمه، والرجل الذی علیه المال رجل من العرب یقدر علی أن لا یعطیه شیئاً ولا یقدر له علی شیء، والرجل الذی استودعه خبیث خارجی فلم أدع شیئاً، فقال لی: «قل له: یرد علیه فإنه ائتمنه علیه بأمانه الله». قلت: فرجل اشتری من امرأه من العباسیین بعض قطائعهم فکتب علیها کتاباً أنها قد قبضت المال ولم تقبضه فیعطیها المال أو یمنعها، قال: «لیمنعها أشد المنع

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۲ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۴
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۲ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۵
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۲ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۶
۴- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۲ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۷
۵- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۲ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۸

فإنها باعته ما لم تملک»((۱)).

وعن محمد بن علی الحلبی قال: استودعنی رجل من موالی آل مروان ألف دینار فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانیر، فأتیت أبا عبد الله (علیه السلام) فذکرت ذلک له وقلت له: أنت أحق بها، فقال: «لا، إن أبی (علیه السلام) کان یقول: إنما نحن فیهم بمنزله هدنه، نؤدی أمانتهم ونرد ضالتهم ونقیم الشهاده لهم وعلیهم، فإذا تفرقت الأهواء لم یسع أحداً المقام»((۲)).

وعن الأعمش، عن جعفر بن محمد (علیهما الصلاه والسلام) فی حدیث اللإمامه (الی أن قال): «دینهم الورع والصدق والصلاح والاجتهاد وأداء الأمانه إلی البر والفاجر، وطول السجود وقیام اللیل واجتناب المحارم وانتظار الفرج بالصبر وحسن الصحبه وحسن الجوار»((۳)).

وعن الحسین بن مصعب، قال: سمعت الصادق جعفر بن محمد (علیه السلام) یقول: «أدوا الأمانه ولو إلی قاتل الحسین بن علی (علیه السلام)»((۴)).

وعن أبی حمزه الثمالی، أنه سمع السجاد (علیه السلام) یقول لشیعته: «علیکم بأداء الأمانه فو الذی بعث محمداً (صلی الله علیه وآله) بالحق نبیاً لو أن قاتل أبی الحسین بن علی (علیه السلام) ائتمننی علی السیف الذی قتله به لأدیته إلیه»((۵)).

وفی روایه الخصال، عن علی (علیه السلام) فی حدیث الأربعمائه، قال: «أدوا الفریضه والأمانه إلی من ائتمنکم ولو إلی قتله أولاد الأنبیاء»((۶)).

إلی غیرها من الروایات الکثیره، واشتمال بعضها علی بعض المندوبات بالقرینه الخارجیه لا یوجب سرایه الأمر إلی أداء الأمانه.

ثم حیث لا یمکن جمع الوجب والحرام فی طرفی شیء واحد للزوم

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۳ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۹

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۳ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۱۰

۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۳ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۱۱

۴- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۳ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۱۲

۵- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۳ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۱۳

۶- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۳ الباب ۲ من کتاب الودیعه ح۱۴

اللغويه فی أحدهما بعد کفایه الآخر منه، ومثله لا یصدر من الحکیم، إذ الحکم للبعث فإذا بعث إلی الفعل لم یحتج البعث إلی المنع عن الترک، وبالعکس، فإذا جمع الأمران فی الدلیل لابد إما من حمل أحدهما علی الإرشاد، أو کون أحدهما بیاناً بعباره أخری عن الآخر، وفی المقام لا یستبعد وجوب أداء الأمانه فهما مثل أداء الصلاه وترکها.

وکیف کان، یدل علی حرمه الخیانه النصوص المتواتره:

فعن السکونی، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: قال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «لیس منا من أخلف بالأمانه»((۱)).

قال: وقال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «أداء الأمانه تجلب الرزق، والخیانه تجلب الفقر»((۲))، وظاهر هذا الحدیث الإرشاد حیث ذکر الفائده فی الطرفین.

وعن الحسین بن یزید، عن الصادق (علیه السلام)، عن آبائه (علیهم السلام)، عن النبی (صلی الله علیه وآله)، فی حدیث المناهی: أنه نهی عن الخیانه وقال: «من خان أمانه فی الدنیا ولم یردها إلی أهلها ثم أدرکه الموت، مات علی غیر ملتی، ویلقی الله وهو علیه غضبان، ومن اشتری خیانه وهو یعلم فهو کالذی خانها»((۳)).

وعن الحسین بن خالد، عن الرضا (علیه السلام)، عن آبائه (علیهم السلام) قال: قال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «من کان مسلماً فلا یمکر ولا یخدع، فإنی سمعت جبرئیل یقول: «إن المکر والخدیعه فی النار»، ثم قال: «لیس منا من غش مسلماً، ولیس منا من خان مؤمناً»((۴)).

وعن موسی بن القاسم، رفعه إلی علی بن أبی طالب (علیه السلام) قال: «أربعه لا تدخل واحده منهن بیتاً إلا خرب ولم یعمر بالبرکه، الخیانه والسرقه وشرب الخمر والزنا»((۵)).

وفی حدیث عن رسول الله (صلی الله علیه وآله) مثله((۶)).

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ح۱
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ذیل ح۱
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ۲
۴- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ۴
۵- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ذیل۴
۶- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه

وفی روایه أخری، عن النبی (صلی الله علیه وآله) قال: «ومن خان أمانه فی الدنیا ولم یردها إلی أهلها مات علی غیر دین الإسلام، ولقی الله وهو علیه غضبان، فیؤمر به إلی النار فیهوی به فی شفیر جهنم أبد الآبدین، ومن اشتری خیانه وهو یعلم أنها خیانه فهو کمن خانها فی عارها وإثمها، ومن اشتری سرقه وهو یعلم أنها سرقه فهو کمن سرقها فی عارها وإثمها»((۱)).

وفی حدیث آخر، عن رسول الله (صلی الله علیه وآله) أنه قال: «لیس منا من یحقر الأمانه حتی یستهلکها إذا استودعها، ولیس منا من خان مسلماً فی أهله وماله»((۲)).

وعن الأصبغ بن نباته، عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی خطبه له: «لیس المسلم بالخائن إذا ائتمن، ولا بالمخلف إذا وعد، ولا بالکذوب إذا نطق»((۳)).

وعن الحسن بن محبوب قال: قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): یکون المؤمن بخیلاً، قال: «نعم»، قلت: فیکون جباناً، قال: «نعم»، قلت: فیکون کذاباً، قال: «لا، ولا خائناً» ثم قال: «یجبل المؤمن علی کل طبیعه إلاّ الخیانه والکذب»((۴)).

وفی حدیث عن رسول الله (صلی الله علیه وآله): «لیس منا من خان بالأمانه»((۵)).

وفی روایه عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) قال: «إن الله عزوجل یعذب سته بسته» إلی أن قال: «والتجار بالخیانه»((۶)).

وفی حدیث عن رسول الله (صلی الله علیه وآله) أنه قال: «إن المؤمن ینطبع علی کل شیء إلاّ علی الکذب والخیانه»((۷)).

وفی حدیث آخر عنه (صلی الله علیه وآله) قال: «علامه المنافق ثلاث: إذا حدث کذب، وإذا

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۶ الباب ۳ من کتاب الودیعه ح۵
۲- المستدرک: ج۲ ص۵۰۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ح۳
۳- المستدرک: ج۲ ص۵۰۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ح۴
۴- المستدرک: ج۲ ص۵۰۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ح۵
۵- المستدرک: ج۲ ص۵۰۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ح۶
۶- المستدرک: ج۲ ص۵۰۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ح۷
۷- المستدرک: ج۲ ص۵۰۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه ح۸

وعد أخلف، واذا ائتمن خان»((١)).

وفی روایه أخری عن موسی بن جعفر (علیه السلام)، عن آبائه (علیهم السلام)، قال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «لا تخن من خانک فتکون مثله»((٢)).

أقول: سیأتی الکلام فی استثناء التقاص من هذا الحدیث ونحوه.

وعن رسول الله (صلی الله علیه وآله) أنه قال لابن مسعود: «یا بن مسعود، لا تخونن أحداً فی مال یضعه عندک، وأمانه ائتمنک علیها، فإن الله تعالی یقول: (إن الله یأمرکم أن تؤدوا الأمانات إلی أهلها) »((٣)) .

وفی الغرر، عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) قال: «الخیانه أخو الکذب».

وقال (علیه السلام): «الخیانه صنو الإفک».

وقال (علیه السلام): «الخیانه رأس النفاق».

وقال (علیه السلام): «الخیانه دلیل علی قله الورع وعدم الدیانه».

وقال (علیه السلام): «إیاک والخیانه، فإنها شر معصیه، فإن الخائن المعذب بالنار علی خیانته»((۴)).

وقال (علیه السلام): «توخی الصدق والأمانه، ولا تکذبن من کذبک، ولا تخن من خانک».

وقال (علیه السلام): «ثلاث شین الدین: الفجور والغدر والخیانه».

وقال (علیه السلام): «جانبوا الخیانه فإنها مجانبه الاسلام».

وقال (علیه السلام): «رأس النفاق الخیانه».

وقال (علیه السلام): «رأس الکفر الخیانه»((۵)).

الأداء العرفی

وحیث إن العرف هم الملقی إلیهم الکلام فی أداء الأمانه، فالتأدیه یرجع فیها إلی المتعارف فی رد الودائع، فلا یجب مثلاً الرکض ونحوه لأداء الأمانه إلاّ إذا کان الرکض موجباً للصدق، حیث إنه إذا لم یرکض تلفت الأمانه بسبب مطر أو برد أو ما أشبه ذلک.

١- المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح٩
٢- المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح١٠
٣- المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح١١
٤- المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح١٢ وذيله
٥- المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح١٢ وذيله

ومنه يعلم الوجه فی قولهم: إنه یعتبر فیه الإمکان عقلًا وشرعاً، حیث إن غیر الممکن عقلًا أو شرعاً غیر مکلف به.

قال فی المسالک: (والمراد بالإمکان ما یعم الشرعی والعقلی والعادی، ولو کان فی صلاه واجبه أتمها، أو بینها وبینه حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتی یزول، أو فی قضاء حاجه فإلی أن ینقضی الضروری منها).

ثم قال: (وهل یعد إکمال الطعام والحمام وصلاه النافله وانقطاع المطر غیر المانع عذراً، وجهان، واستقرب فی التذکره العدم مع حکمه فی باب الوکاله بأنها أعذار فی رد العین، وینبغی أن یکون هنا أولی. وهل التأخیر لیشهد علیه عذر، قیل: نعم لیدفع عن نفسه النزاع والیمین لو أنکر الرد، وقیل: لا ـ لأن قوله فی الرد مقبول فلا ـ حاجه إلی البینه، ولأن الودیعه مبنیه علی الإخفاء غالباً، وفصل آخرون تفصیلا جیداً فقالوا: إن کان المالک وقت الدفع قد أشهد علیه بالإیداع فله مثله، لیدفع عن نفسه التهمه، وإن لم یکن أشهد علیه عنده لم یکن له ذلک).

لکنک قد عرفت أن الإطلاق فی کلا الطرفین وحتی فی التفصیل غیر ظاهر الوجه، بل المعیار ما ذکرناه.

ومنه ما إذا أراد أن یأخذ ماله من المستودع لیشرب به الخمر أو یقامر أو یزنی، حیث کان عدم الإعطاء من النهی عن المنکر، أو کان عدم الإعطاء لأجل أن یلتزم بالصلاه ونحوها حیث کان سبباً لإتیانه المعروف، بل الظاهر أنه یجوز أن یسرق منه المال إذا کان ذلک سبباً لعدم وجدانه المال حتی یقامر ویشرب الخمر أو نحو ذلک، فحال عدم إعطاء المال لمن له، فی الحرمه حال سائر المحرمات فی ملاحظه الأهم والمهم، ولا یسمی مثل ذلک خیانه.

ومنه یعلم الحال فیما إذا تعارض بین الواجبین أحدهما لنفسه والآخر أداء الأمانه أصلًا أو فعلًا، کما إذا کانت تفوت الرفقه إذا ذهب لأداء المال فلا یتمکن من أدائه الحج الواجب علیه، فیما کان المال یسیراً حیث یری العرف أهمیه الحج علی ذلک، أو نحو ذلک، وکذلک فیما إذا توقف نجاه المشرفین علی الغرق فی السفینه إذا لم یلق الودیعه فی البحر، فإن ذلک أهم.

وقد تقدم البحث فی أنه هل یضمن فی مثله للأصل، أو لا لأنه یلقیه بأمر شرعی فهو کإلقائه بأمر المالک (وما علی المحسنین من سبیل)((۱)).

وعلی کل حال فلیس الواجب حینئذ أداء الأمانه أو التعجیل فی الأداء، کما أن العدم لیس من الخیانه فی شیء.

وکما لا یجب رد الودیعه بل أحیاناً یحرم فی الموارد المذکوره، کذلک لا یجب ردها إذا کان قرآناً وارتد المودع أو کان وارثاً له وقد ارتد المورث.

وکذلک حال العبد المسلم بالنسبه إلی المرتد، والسلاح ونحوه بالنسبه إلی المحارب الذی کان مسالماً سابقاً ثم اتصف بکونه حربیاً حیث یستعمله فی الحرب، کافراً کان أو باغیاً أو ما أشبه کقطاع الطرق حیث یستعمل سلاحه ضد المودع أو غیره من المسلمین.

ولیس من الخیانه عدم الرد حتی یظهر حکمه فی المشتبه به، سواء بینه وبین المودع، أو بین المودعین، کما أنه لیس منها حفظها حتی یظهر الوارث أو الولی فیما إذا تجنن المودع، إلی غیر ذلک من أمثاله.

ثم هل أدله الودیعه شامله للکافر الحربی أو منصرفه إلی محترم المال، المشهور بل احتمل الإجماع فیه علی الأول، خصوصاً بعد الأمثله فی الروایات کقاتل علی (علیه السلام) والحسین (علیه السلام)

۱- سوره التوبه: الآیه ۹۱

وأولاد الانبياء (عليهم السلام)، لكن أبو الصلاح على الثانى، والانصراف غير بعيد، إلّا أن التجرى بالفتوى خلاف فهم المشهور محل إشكال.

ولا منافاه بين أن يكون مال الحربى فيئاً للمسلمين وجائز السلب، مع عدم أن تكون وديعته كذلك، كما أنه يجوز أسر نساء الحربى لكن لا يجوز وطئهن وهن عنده، كما إذا تجسس مسلم فى لباس الكفار على المحاربين فهل يقال بأنه يجوز له وطى زوجاتهم وهن فى حبائلهم، بل قلنا إن إطلاق أدله القضاء يوجب لزوم الحكم بالحق فيما إذا اختلفا مسلم وحربى فى أن المال لأيهما والقاضى يعلم أنه للحربى، فهل يصح أن يفتى أنه للمسلم، وكذلك الاختلاف فى زوجه بينهما إلى غير ذلك.

وقتله على والحسين (عليهما السلام) وأولاد الأنبياء (عليهم السلام) ليسوا بمسلوبى، المال بل المال لهم أو لورثتهم لو ارتدوا بعملهم ذلك.

ويظهر من الجواهر نوع تأمل فى المسأله، مع الميل إلى كلام أبى الصلاح، حيث ذكر أنه إذا كان المودع حربياً وجب على الودعى أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الإسلام، ورماه بعضهم بالشذوذ، فقال فى الجواهر تعقيباً على ذلك:

(لكن ينبغى النظر فى مثل الفرض المزبور بعد معلوميه جواز تملك مال الحربى وأنه فىء للمسلمين وأنه كالأموال المباحه وأن له التوصل إليه بكل طريق من الربا والسرقه وغيرهما، أنه لا يجوز للودعى تملكه فى هذا الحال، فيكون ذلك خارجاً من الرخصه فى تملكه، أو أنه وإن جاز له ذلك إلّا أنه يجب عليه رده له وإن ملكه، عملاً بالدليلين معاً، إلّا أنه لا يخفى صعوبه الالتزام بكل منها، بل قد يتأمل فى دلاله أدله المقام على مثل ذلك، وإنما هى مساقه لبيان وجوب رد الوديعه على البر والفاجر والمسلم والكافر الذى يمكن تنزيله على محترم المال).

إلى أن قال: (بل قد يشكل رد المال على الحربى بكونه محكوماً بأنه فیء للمسلمين وملک لهم، ولعله لذا سمعت الرجوع فيه إلى سلطان العدل من أبى الصلاح، وبالجمله قد ظهر لک من ذلک كله أنه إن لم يكن إجماع على وجوب الرد حتى على الحربى وحتى على من عليه حق المقاصه لغيرهم أمكن المناقشه فيه بما عرفت).

ثم قال الشرائع: (إلّا أن يكون المودع غاصباً لها، فيمنع منها، ولو مات فطلبها وارثه وجب الإنكار).

إذا لم يعرف صاحب الأمانه

أقول: وذلک لأنه ليس للمودع، فأدله الوديعه منصرفه عنه قطعاً، بل لا تسمى وديعه إلا صوره، فيجب على المستودع رد المال إلى صاحبه إن عرفه، وإن جهله عمل بحكم مجهول المالک.

ولذا قال فى الشرائع: (ويجب إعادتها على المغصوب منه إن عرف، وإن جهل عرّفت سنه ثم جاز التصدق بها عن المالک ويضمن المتصدق إن كره صاحبها).

أقول: وذلک لما ذكرناه فى أدله اللقطه ومجهول المالک، وإن كان بينهما فرق كما ذكرناه فى كتاب اللقطه.

هذا بالإضافه إلى خبر حفص بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الأكثر، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم فهل يرد عليه، قال: «لا يرده، وإن أمكنه أن يرده على صاحبه فعل، وإلا كان بيده بمنزله اللقطه يصيبها فيعرفها حولا فإن أصاب صاحبها ردها عليه، وإلا تصدق بها، وإن جاء بعد ذلک خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله، وإن اختار الغرم غرم له فكان الأجر له»((١)).

١- الوسائل: ج١٧ ص٣٦٨ الباب ١٨ من أبواب اللقطه ح١

لكن من الواضح أنه كذلك إذا كان المال مقطوع السرقه، أما إذا كان محتملا بين السرقه وبين اللص ففعل المسلم يحمل على الصحيح وان عرفنا أنه لص، بل قد ذكرنا فى بعض مباحث الفقه أن فعل كل إنسان يحمل على الصحيح وان كان كافراً لأنه مقتضى السيره من زمان رسول الله (صلى الله عليه وآله) إلى اليوم على ما ذكرنا تفصيله هناك.

وبعد الخبر المذكور المجبور بعمل الأكثر كما عرفت لا مجال لخلاف الحلبى والحلى، حيث أوجبا ردها إلى إمام المسلمين، ومع التعذر يبقى أمانه ثم يوصى بها إلى عدل إلى حين التمكن من المستحق، والفاضل فى المختلف من أنه قواه لأنه أحوط، والمفيد والديلمى حيث أوجبا إخراج الخمس قبل التصدق ولم يذكرا التعريف، والفاضل فى الإرشاد، وتبعه الشهيد الثانى حيث خيرا بين الصدقه بها بعد اليأس والتعريف مع الضمان وإبقائها أمانه.

وعلى أى حال فأدله اللقطه ومجهول المالك تشمل المقام ولو بالملاك، وقد ذكرنا فى كتاب اللقطه صحه إعطاء اللقطه وأمثالها إلى الحاكم الشرعى، لأنه ولى الغائب والقاصر ونحوهما.

ومن ذلك يعرف عدم وجه تردد الجواهر حيث قال: (ثم إن الضمان على تقديره هل هو بمعنى رده على صاحبه لو جاء ولم يجز، أو بمعنى كونه كسائر الديون فيجب الإيصاء به ويجب على الورثه، وجهان:

أولهما: أنسب بأصل البراءه.

وثانيهما: أنسب بقاعده على اليد ومن أتلف وعدم إجازه الفضولى).

ثم لا يخفى أن ذلك لا يخص الغاصب، بل كل من كان عنده مال لغيره بدون مبرر شرعى وأودعه إنساناً آخر وإن كان معذوراً فى استيلائه على المال، وهل

ينسحب الحكم إلى ما إذا كان مع آخر فى نزاع وعلم المستودع أن الحق لطرف المودع بدون أن يحكم الحاكم بذلك بعد، الظاهر ذلك لأن العلم حجه ذاتيه لا يقف أمامه أى دليل اعتبارى، بل مقتضى القاعده أنه لو حكم الحاكم بأنه لزيد والمستودع يعلم أنه لعمرو حق له إعطاؤه لعمرو إلّا فيما إذا ذهبت اليمين بالحقوق على التفصيل المذكور فى كتاب القضاء.

ولو تنازعا وحكم الحاكم بالتنصيف وقد أودع عند المستودع المال، فالظاهر أنه يسلمه إليهما معاً، وإن كان مقتضى علمه الإجمالى أنه لأحدهما فقط، لأن التنصيف حكم شرعى ثانوى يرفع الحكم الأولى. فلا يقال: كيف وهو يعلم أن نصف المال ليس لمن يعطيه، على تأمل ذكروه فى مسأله تولد العلم التفصيلى من العلم الإجمالى.

لو أودعه الغاصب

ثم إن الشرائع قال: (ولو كان الغاصب مزجها بماله ثم أودع الجميع، فإن أمكن المستودع تمييز المالين رد عليه ماله ومنع الآخر، وإن لم يمكن تمييزهما وجب إعادتهما على الغاصب).

وفى مفتاح الكرامه: (إن رد الجميع على المودع خيره المقنعه والنهايه والمراسم والوسيله والشرائع والنافع والإرشاد والتنقيح وإيضاح النافع والرياض والغنيه والسرائر، وفى الأخيرين الإجماع عليه، والإجماع ظاهر الإيضاح وشرح الإرشاد لفخر الإسلام وجامع المقاصد، وفى إيضاح النافع أنه المشهور).

أقول: لكن فى القواعد والتذكره التأمل فى ذلك، فإن القواعد قال: (فإن تميزت وجب ردها على مالكها دون المودع، وإلا رد الجميع على المودع على إشكال)، وفى التذكره بعد أن أفتى برد الجميع قال: (ويحتمل عندى رد قدر مال اللص إليه واحتفاظ الباقى لمالكه).

وعن السيد العميد: إن الأولى ردها إلى الحاكم، ومثله فى الإيضاح، وحكى نحوه عن جامع المقاصد.

وفى الرياض: إن الأوفق بالقواعد ما فى المسالك حيث قال: (إن الأوفق بالقواعد رده على الحاكم مع إمكانه ليقسمه ويرد على الغاصب ماله، ومع تعذره يحتمل قوياً جواز تولى الودعى القسمه إن كان مثلياً وقدر حق الغاصب معلوماً جمعاً بين الحقين، والقسمه هنا إجباريه للضروره تنزيلاً للودعى منزله المالك حيث قد تعلق بضمانه وللحسبه، ولو امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلاً ففيه إشكال. ويتوجه حينئذ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعه الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق، ويحتمل عدم جواز الرد مطلقاً مع إمكانه إلى أن يعترف الغاصب بقدر معين أو يقاسم، لاستحاله ترجيح حقه على حق المغصوب منه مع تعلق الودعى بالحقين).

لو كان خلط أو مزج فى الوديعه

أقول: فى صوره الخلط حيث يمكن تمييز الحقين يشكل فعل الودعى ذلك، لأن التمييز تصرف فى مال المغصوب منه، فاللازم إما إجازته إن أمكن، وإلا فالتسليم إلى الحاكم ليميز لأنه ولى القاصر، ففتواهم بأن الودعى يفعل ذلك محل نظر.

أما فى صوره المزج فلا وجه لفعل الودعى إطلاقاً، كما لا وجه لتسليمه إلى الغاصب أو المغصوب منه، بل اللازم إجراء موازين الشركه، فإن اجتمعا على التمييز فهو، وإلا فالحاكم هو المميز.

أما مسأله الجهل بقدر الحقين فهى مسأله ثانويه يلزم أن تحل بينهما بالتصالح أو بتقدر الحاكم حيثما كان المغصوب منه مثلاً مجهولاً.

وعلى أى حال، فإذا لم يكن الحاكم قام مقامه عدول المؤمنين، وإذا لم يكونوا فعل ذلك الودعى حسبه.

ص:٩٥

ولـذا قال فى الجواهر: (لعل المتجه أولاً قيام عـدول المؤمنين مقام الحاكم مع تعـذره ووكيله، فإن تعـذروا فالودعى أو غيره ممن يقوم مقامهم فى الحسب، كما أن المتجه الرجوع إلى الحاكم فى صوره عـدم العلم بالقدر، بل لعلها أولى من الأولى التى يمكن دعوى خروجهـا عن موضوع كلاـم الأصـحاب المفروض فيه عـدم إمكان التمييز حتى بالقسـمه بعـدم العلم بالقـدر، وربما يكون المتجه حينئذ ضمان الغاصب له بالمثل أو القيمه أو الرجوع إلى الصلح معه إلى الحاكم أو من يقوم مقامهم مع تعذر المالك).

ومنه يعلم الكلام فيما إذا كان أحد المالين الممزوجين أكثر قيمه أو أقل قيمه أو أحسن أو أردأ إلى غير ذلك، وكذلك فيما إذا لم يعلم أن للغـاصب هـذا المخلـوط أو هـذا المخلـوط، كمـا إذا خلـط الحنطه بالشـعير فلم يعلم أن أيهمـا للمغصوب منه وأيهما للغاصب ولـم يمكن الاستعلام، حيث تحكم قاعده العدل، فإذا أودعه اللص عشره شياه وعشره أبقار ثم مات ولـم يعلم الودعى أن أيهما له وأيهما للمغصوب منه الذى فرض موته أيضاً، أو نحو الموت، أعطى الحاكم نصفهما لورثه هذا، ونصفهما لورثه الآخر.

ثم حيث إن رد الجميع على المودع على مـا ذكره المشـهور، بل ادعى عليه الإجماع، ظاهر فى كونه خلاف الأصل، اعتـذر عنهم مفتـاح الكرامه بقوله: (والظـاهر أنهم عثروا فى ذلـك على خبر لأن المقنعه والنهايه والمراسم والوسـيله متون أخبار، خصوصاً مع قول فخر الإسـلام إنه يسـتلزم رد المغصوب إلى الغاصب وهو حرام لا يجوز قطعاً، فهم لا يفتون بشـىء بهـذا الظهور من الخلاف للقاعده إلّا بعثورهم على روايه، لكن حيث إنا لـم نعثر عليها لا نتمكن أن نفتى بما أفتوا به).

ص:۹۶

ثم لو كـان المودع اشـترى بعين المغصوب شـيئاً وأودعه الودعى، فالظـاهر أنه كعين المغصوب منه يلزم على المسـتودع رده إلى المغصوب منه كعين ماله، أما إذا كان الاشتراء بالمالين بما أوجب شركته مع المغصوب منه كانت المسأله كالمزج.

ص:٩٧

مسأله ۴: موجبات الضمان

(مسأله ۴): قال فی الشرائع: (فی موجبات الضمان، وینظمها قسمان: التفریط والتعدی)، وفی الجواهر: (بل قسم واحد وهو التقصیر).

وقد تبع فی ذلک القواعد، حیث قال: (فی موجبات الضمان وینظمها شیء واحد وهو التقصیر وأسبابه سته)، ثم ذکر الانتفاع، والإیداع، والتقصیر فی دفع المهلکات، والمخالفه فی کیفیه الحفظ، والتضییع بأن یلقیها فی مضیعه، والجحود.

لکن ما فعله الشرائع أولی، إذ الذی یکون بین المستودع والودیعه إما سلبی وهو التفریط، وإما إیجابی وهو التعدی، والتقصیر وإن کان یطلق علیهما إلاّ أن ماده التقصیر باعتبار معناها أوفق بالإیجاب فقط.

وعلی أی حال، فربما یقال إن التفریط سلبی والسلب عدم والعدم لا یکون سبباً للضمان الذی هو إیجاب، لأن العدم لیس بشیء حتی یکون سبباً أو مسبباً، وما یری من جعله أحدهما أو کلیهما فی بعض الکلمات فیقال العقاب لمن لم یصل، أو الحرمان لمن کان نائماً بین الطلوعین، أو الحرمان لمن لم یصل فهو تعبیر عرفی، وإلا فالواقع أن الفعل سبب ومسبب، فمن ترک الصلاه عمداً عوقب، ومن کان نائماً فترکه لم یعط الثواب علی حالته السابقه فی عدم استحقاقه شیئاً، والجواب إن التفریط إیجابی أیضاً بالاستمرار فی ترک الرعایه.

وعلی أی حال، فیدل علی الضمان علی کل من التفریط والتعدی صدق الخیانه المقابله للائتمان، التی جعلت فی النص والفتوی سبباً للضمان، ولإنه إتلاف وتضییع، ولشمول دلیل الید، ولجمله من النصوص الوارده فی باب الرهن والمضاربه المشتمله علی الضمان بالتعدی والاستهلاک، بعد وضوح اشتراک الجمیع فی الحکم المزبور باعتبار کونها أمانه:

مثل ما رواه إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهیم (علیه السلام) عن الرجل یرهن

الرهن بمائه درهم وهو يساوى ثلاثمائه درهم فيهلك، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتى درهم، قال: «نعم لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيّعه»، قلت: فهلك نصف الرهن، قال: «على حساب ذلک»، قلت: فيترادان الفضل، قال: «نعم»((١)).

وعن أبى العباس، عن أبى عبـد الله (عليه السـلام) فى حديث قال: سألته كيف يكون الرهن بما فيه إذا كان حيواناً أو دابهً أو ذهباً أو فضهً أو متاعاً فأصابه جائحه حريق أو لصوص وهلک ماله أجمع سوى ذلک وقد هلک من بين متاعه وليس على مصيبته بينه، قال: «إذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شيء فلاشيء عليه»، وقال: «إن ذهب من بين ماله وله مال فلا يصدق»((٢)).

وعن محمـد بن مسـلم، عن أحـدهما (عليهما السـلام) قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه وينهى أن يخرج به فخرج، قال: «يضمن المال، والربح بينهما»((٣)).

وعن الحبلى، عن أبى عبد الله (عليه السـلام) قال: «المال الذى يعمل به مضاربه له من الربح وليس عليه من الوضـيعه شيء إلّا أن يخالف أمر صاحب المال»((۴)).

وفى روايته الأخرى، عنه (عليه الصـلاه والسـلام)، فى الرجـل يعطى الرجل مالاً مضاربه فيخالف ما شـرط عليه، قال: «هو ضامن، والربح بينهما»((۵)).

إلى غيرها من الروايات الكثيره.

أما روايه فضل بن عبد الملک، عن أبى عبد الله (عليه السـلام)، فى رجل رهن عنده آخر عبدين فهلک أحدهما أيكون حقه فى الآخر، قال: «نعم»، قلت: أو داراً فاحترقت أيكون حقه فى التربه، قال: «نعم»، قلت: أو دابتين فهلک إحداهما أيكون

١- الوسائل: ج١٣ ص١٢٩ الباب ٧ من كتاب الرهن ح٢

٢- الوسائل: ج١٣ ص١٣١ الباب ٩ من كتاب الرهن ح١

٣- الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربه ح١

۴- الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربه ح۴

۵- الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربه ح۵

حقه فی الأخری، قال: «نعم»، قلت: أو متاعاً فهلک من طول ما ترکه، أو طعاماً ففسد، أو غلاماً فأصابه جدری فعمی، أو ثیاباً ترکها مطویه ولم یتعاهدها ولم ینشرها حتی هلکت، فقال: «هذا ونحوه واحد یکون حقه علیه»((۱)).

ففی الجواهر تبعاً لغیره: إنه معرض عنه بالنسبه إلی الثوب المرهون إذا تلف بترک نشره، قال: (وإن أفتی به بعضهم لکنه شاذ، مع إمکان حمله علی ما إذا لم یکن تفریطاً أو بنهی المالک عنه أو غیر ذلک مما لابد منه، للجمع بین النصوص التی لا خلاف معتد به فی الفتوی بها بالنسبه إلی ضمان کل أمانه بالتفریط والتعدی).

لکن الظاهر عدم تعرض الروایه لما نحن فیه إطلاقاً، فلا حاجه إلی حملها علی المحامل المذکوره.

هذا بالإضافه إلی مکاتبه محمد بن الحسن إلی أبی عبد الله (علیه الصلاه والسلام): رجل دفع إلی رجل ودیعه فوضعها فی منزل جاره فضاعت هل یجب علیه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملکه، فوقع (علیه السلام): «هو ضامن لها إن شاء الله»((۲)).

ورواه علی بن محبوب، قال: کتب رجل إلی الفقیه (علیه السلام)، وذکر مثله((۳)).

ویؤیده روایه الدعائم، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «إذا أحرز الرجل الودیعه حیث یجب أن تحرز الودائع، ثم تلفت أو سقطت منه قبل أن یحرزها أو ضلت أو نسیها أو هلکت من غیر خیانه منه علیها ولا استهلاک لها فلا ضمان علیه»((۴)).

الفرق بین التعدی والتفریط

ثم إن المسالک فرق بین التعدی والتفریط بقوله: (والفرق بینهما أن التفریط

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۲۸ الباب ۶ من کتاب الرهن ح۱

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۹ الباب ۵ من کتاب الودیعه ح۱

۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۹ الباب ۵ من کتاب الودیعه ذیل ح۱

۴- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۴ من کتاب الودیعه ح۲

أمر عدمى وهو ترک ما يجب فعله من الحفظ ونحوه، والتعدى أمر وجودى وهو فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه).

لكن الظاهر أنه أراد بالأمر العدمى ما ذكرناه لا العدم المحض، وإلاّ ورد عليه ما تقدم.

ولذا قال فى الجواهر مستشكلا عليه: (قد عبر عنه فى نصوص الرهن بالاستهلاک والتضييع ونحو ذلک مما هو أمر وجودى أيضاً، وإن تقوم بعض أفراده بالعدم، فلا يكفى حينئذ فى إثباته بالأصل كما أشرنا إليه سابقاً).

لكن قوله: (وإن تقوم بعض أفراده بالعدم) محل تأمل، إذ الوجود لا يتقوم بالعدم، فإن العدم ليس بشىء حتى يكون فى مجال الوجود إطلاقاً، كما أن العدم لا يتقوم بالوجود إطلاقاً، والأصل جار فيه لأن السقى والاعتناء ونحوهما أمر وجودى، فإذا شككنا فى أنه فعله أم لا كان الأصل العدم لولا الدليل الثانوى.

ثم إن الشرائع مثل للتفريط: بأن يطرحها فيما ليس بحرز، أو يترک سقى الدابه أو علفها أو نشر الثوب الذى يفتقر إلى النشر.

ومن الواضح أن ما ذكره من باب المثال، إذ يمكن أن يطرح الوديعه فيما ليس بحرز، لكنه لا يذهب عنها بل يقف عليها مما لا يسمى تفريطاً، وكذلک يترک سقى الدابه أو علفها بينا هى تذهب إلى السقى والعلف، أو يترک نشر الثوب الذى يفتقر إلى النشر لكن الريح تنشره بما لا يوجب فساده، إلى غير ذلک.

ثم إن الجواهر قال: (ولعل الأمر فى ذلک كله سهل بعد الاتفاق على عدم قبول دعوى المودع عليه بذلک من دون بينه، ولو لأنه أمين يصدق فى دعوى عدم التفريط، أو لأن قوله موافق لأصاله البراءه من الضمان الذى هو غير محتاج إلى واسطه، بخلاف عدم نشر الثوب الذى هو واسطه فى إثبات الضمان).

لکن الظاهر أن أصل البراءه من الضمان لا مجال له بعد وجود الأصل السببی.

ثم إن التفریط إن کان عن علم وعمد وقدره فلا إشکال فی الضمان، بل الإجماع علیه، أما إذا کان عن جهل أو نسیان أو سهو أو غفله أو جنون أو نحو ذلک، أو کان لأجل أن الجائر لم یترکه یعتنی بها، أو کان من جهه أحوال جویه کالمطر الغزیر والسیل الجارف الحائل بینه وبین الودیعه حتی یذهب إلیها ویصلحها، أو خوف حیوان أو خوف إنسان، أو اضطرار من جهه اشتغال بالأهم، أو مرض لم یقدر معه من الحفظ إلی غیر ذلک، فالظاهر أن دلیل الرفع و«ما غلب الله علیه» وما أشبه یشمله، بالإضافه إلی أنه لیس من الخیانه فی شیء، وقد عرفت أن الخیانه محور الحکم.

نعم إذا کان السبب الظالم والمکرِه ومن أشبه فالضمان علیه، لأنه السبب فیشمله دلیل «من أتلف» ونحوه.

هل یضمن بالنسیان

ومنه یعلم وجه النظر فیما عن القواعد حیث قال: (ولو ضیع بالنسیان فالأقرب الضمان)، وهو المحکی عن التحریر والإیضاح وجامع المقاصد أیضاً.

وقد مال إلیه الجواهر أخیراً بعد أن تردد فیه حیث قال: (إنما الکلام فی اقتضاء ذلک الضمان منه حتی لو کان الجهل باحتیاج الودیعه لذلک، أو نسیاناً أو إکراهاً ونحو ذلک مما یکون الودعی معذوراً فیه شرعاً، وجهان، لکن الإنصاف إمکان ما یقضی بتسلیم مباشره الإتلاف ونحوه مما یصح النسبه معه حتی مع الغفله والنسیان، ولعل هذا هو المدار فی التفریط والتعدی، فما کان من أفرادهما کذلک ضمن حتی مع النسیان، وإلا فلا).

نعم إذا کان شیء من ذلک مما ینسب إلیه عرفاً حتی یسمی خیانه ونحوها ضمن، فإن للودیعه شؤوناً فی العرف ولو من جهه لزوم الفحص عما یلائمها إذا

تركها الإنسان كان خائناً.

وكذلك الحال فيما إذا أكره وكان سبب الإكراه هو بنفسه بأن أخبر الجائر أن عنده مال فلان فحال الجائر بينه وبين الحفظ لعداوه له مع المودع أو ما أشبه ذلك.

وكذلك إذا كان النسيان لا يعد عذراً لأنه نشأ من الإهمال، وقد تكلمنا حول النسيان العذرى وغير العذرى فى كتاب الطهاره والصلاه، تبعاً للفقهاء الذين ذكروه هناك.

ومما تقدم ظهر أنه ليس من التفريط ما عمل حسب الموازين العرفيه، لكنه عطب بسبب مفاجأه بحيث إنه لو كان يعلم المستقبل ما كان عمل حسب الميزان العرفى ولم يعطب، مثلا ترك الحيوان فى الصحراء فى الصيف لكن تغيم الجو فجئه ونزل المطر بما سبب البرد الشديد فهلك، أو جاء السيل المفاجئ فجرف به، أو انفجر البركان لمن كان قريباً منه فأهلك، إلى غير ذلك.

وكذلك حال ما ذكره الجواهر فى عداد التفريطات بقوله: (أو يودعها من غير ضروره ولا إذن)، فإنه حيث كان من غير ضروره ولا إذن ولا عرفيه يكون موجباً للضمان، أما إذا كان من ضروره أو إذن أو عرفيه فلا ضمان، وقد تقد مت المكاتبه الداله على ذلك.

ولا فرق فى كون المودع عنده زوجته أو عبده أو خادمه أو جاره أو صديقه أو غيرهم، كما لا فرق بين أن يكون ثقه أو غير ثقه، وهكذا لا فرق بين أن يجعل ذلك الغير مستقلاً بها، أو شريكاً فى الحفظ بحيث يغيب عن نظره.

وفى المسالك: هو موضع وفاق ولأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه، لأن المالك لم يرض بيد غيره وأمانته، ثم قال: (وفى حكم مشاركه غيره فى الوديعه وضعها فى محل مشترك فى التصرف بحيث لا يلاحظها فى سائر الأوقات، سواء كان خارجاً عن داره أم غير خارج.

نعم لو كان عنـد مفارقته لضـروراته يسـتحفظ من يثق به، ويلاحظ المحرز فى عوداته رجـح فى التذكره اغتفاره لقضاء العاده به، ولأنه إيداع عند الحاجه).

والميزان ما ذكرناه من الضروره والإذن والعرفيه، وهى من مصاديق الإذن لكنها حسب الارتكاز، والإذن صريح، وهى مختلفه فى مورد عن مورد، ووديعه عن وديعه، وزمان عن زمان، ومكان عن مكان، وحاله عن حاله، كما لا يخفى.

ثم اللازم الاقتصار فى الضـرورات والإذن والعرفيه على مواردها، وربما كانت ضـروره لكن البقاء عنـده أقل ضـرراً من الإيـداع، كما إذا كان الإيداع يوجب تلف نصف القطيع بينما البقاء عنده يوجب تلف أقل من النصف، إلى غير ذلك.

ولو تعـارض الأمران من جهتين لوحظ الأهميه، مثلاً إذا بقى عنـده ذهب الغاصب بخياره، أما إذا أودعه ذهب أكثر كميه وأقل كيفيه، فإن اللازم الإيداع، والعكس بالعكس، واذا تساويا كماً فى أحدهما وكيفاً فى الآخر تخير.

قال فى المسالك: (لو حصل ضروره الإيداع، بأن خاف عليها من سرق أو حرق أو نهب أو أراد سفراً فتعذر ردها إلى المالك أو وكيله، دفعها إلى الحاكم ولا يسـمى ذلك إيداعاً، فإن تعذر أودعها العدل، وهذا هو الخارج بالقيد، فلا يجوز إيداعها للضـروره ابتداءً بل على الوجه الذى فصلناه، وسيأتى فى كلامه التنبيه عليه).

أقول: المهم أن يكون الإيـداع وعـدم الإيـداع حفظاً للأمـانه عرفاً، ويكون خلافه خيانه، فكل ما تحققت الخيانه يجب الاجتناب عنهـا، كمـا أنه كلما تحققت الأمانه العرفيه يجب العمل بها، وإلا فالضـروره ليست عنواناً فى نص أو إجماع أو ما أشـبه ذلك فى باب الوديعه، كما أن العرفيه كذلك، نعم الإذن يكون من باب أن الوديعه تقدر بقدره.

ومن الواضح أن قول المسالك: (دفعها إلى الحاكم) من باب المثال، فإنه إذا لم يكن حاكم صح إيداعه وكيله، فإذا لم يكن وكيله صح إيداعه للمؤمنين على حسب ما ذكروه فى ولايه الفقيه.

ثم من الواضح أن الضروره لا تخرج الوديعه عن كونها وديعه، وإنما تكون من باب الحفظ المأمور به شرعاً، لأن الإذن فى عقد الوديعه شامل لمثل ذلك ولو ارتكازاً.

ثم إن الوديع الثانى وديع للمالك إن كان الإذن ولو الارتكازى شاملاً له، أما إذا لم يكن كذلك بل أودعه الوديع الأول من باب أمر الشارع بذلك فإنه يكون وديعاً للوديع الأول.

فلا وجه للإطلاق فى أحد الجانبين، وإن كان ظاهر الجواهر ذلك مع توقفه فى المسأله قائلا:

(وهل يكون الوديع الثانى حينئذ وديعاً للمالك فلا ينفسخ بموت الوديع الأول مثلًا، أو أنه وديع له لا للمالك)، ثم قال: (إنه هل يحكم بالضمان مثلاً بمجرد الإيداع حتى يعلم الضروره أو الإذن، أو يحكم بالبراءه حتى يعلم عدم الضروره والإذن، وجهان).

لكن الظاهر أن مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح خصوصاً الوديع الذى هو مؤتمن، أن فعله يحمل على الضروره، ولا مجال للأصل فى المقام بأن يقال الأصل عدم الضروره فهو ضامن.

ومن الواضح تصديق الأمين فى بعض الضروره والإذن، فقول الجواهر: (إن له وجهاً وإن كان يقوى خلافه) محل نظر.

ثم قال: (كما أنه قد يقوى الحكم بالضمان بمجرد الإيداع مثلاً أو السفر بها مع عدم ثبوت الضروره والإذن ولو بدعواه ذلك بناءً على تصديقه لموت ونحوه).

لكنه غير ظاهر، بل اللازم الحكم بعدم الضمان، وكأنه أشار إلى الإشكال فيما ذكره بقوله أخيراً: (فتأمل).

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى قول القواعد حيث قال: (ولو أخرجها من منزله للسقى مع أمن الطريق أو خوفه ضمن إلاّ مع الضروره، كعدم تمكنه من علفها وسقيها فيه وشبهه، إذ قد عرفت أن المستثنى ليس الضروره فقط، بل العرفيه والإذن أيضاً، والفرق بين الإذن والعرفيه أن الإذن صريح والعرفيه ارتكاز).

وفى مفتاح الكرامه: إن قضيه الماتن كالمبسوط((١)) (أنه لا فرق بين كون العاده مطرده بالإخراج لذلك وعدمه، ولا بين كونه متولياً لذلك بنفسه أو غلامه، مع صحبته له وعدمه، لأن النقل تصرف وهو غير جائز) ((٢)).

وفيه: إنه من أين أن النقل غير جائز إلاّ فى صوره الضروره، وقد عرفت أن المستثنى أكثر من الضروره.

لو أخرج الدابه للضروره

كما أن مما تقدم يعرف وجه القبول والرد فى قول التذكره: (إذا احتاج المستودع إلى إخراج الدابه لعلفها وسقيها جاز له ذلك، لأن الحفظ متوقف عليه ولا ضمان، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الطريق آمناً أو مخوفاً إذا خاف التلف بترك السقى واضطر إلى إخراجها، وإن أخرجها من غير ضروره للعلف والسقى فإن كان الطريق آمناً لا خوف فيه وأمكنه سقيها فى موضعها فالأقرب عدم الضمان لجريان العاده بذلك).

ثم لو أخرجها للضروره وكان هناك طريقان أحدهما أطول أو أوعر أو ما أشبه ذلك، فإن رأى العرف التساوى تخير، وإلا قدم ما كان عرفياً ولو كان الأطول أو الأوعر أو ما أشبه ذلك، لمحذور فى الطريق الأسهل ونحوه.

والمراد بالسفر العرفى لا الشرعى، كما لايخفى لأن الدليل أعم منه.

وإذا أودعه السياره أو الباخره أو الطائره أو القطار أو الدراجه أو ما أشبه

١- المبسوط: ج٤ ص١٣٧ فى مسائل فيما أودع حيواناً

٢- مفتاح الكرامه: ج١٧ ص٢٧٩

ذلك فإن كان فى إبقائها فى محلها محذور سار بها، سواء ساقها بنفسه أو بثقه، بقدر الضروره أو الإذن أو العرفيه لوضوح عدم خصوصيه للدابه، بل الملاك آت فيها.

ولو كان المتعارف استصحاب الحيوان فى الطريق استصحبه، فلو اتفق العطب أو افتراس مفترس له أو ما أشبه ذلك لم يضمن.

وكذلك حال ما إذا كانت الوديعه طيراً أو هراً أو سمكةً، تعود الطير الطيران ثم الرجوع، وكذلك بالنسبه إلى الآخرين حيث تذهب السمكه من الساقيه إلى النهر ثم ترجع، فاتفق عطبهما بسبب غير مألوف.

ومنه يعلم حال ما اذا أودعه طفلاً غير بالغ فيذهب الطفل بنفسه إلى المدرسه، أو مجنوناً يتعارف ذهابه إلى الشارع ورجوعه، نعم فى الماليات ينفع الإذن وإن كان فى ذلك التصرف خطر، أما فى مثل الإنسان لا ينفع الإذن فى موضع الخطر، لأنه لا يجوز للوديع المخاطره به وإن اذن له وليه فيه، فيبقى الاستثناء بجوازه شرعاً بالإضافه إلى العرفيه والاضطرار.

ومنه يعلم وجه التقييد فى قول الشرائع: (أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وأمنه)، ومراده بكذلك أى بلا ضروره ولا إذن.

وفى الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه).

وفى التذكره: (لو سافر بها مع القدره على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف).

لكنك قد عرفت أن مقتضى القاعده التقييد، أما الحديث المروى فى كتبنا الفقهيه وكتب العامه عن النبى (صلى الله عليه وآله): إن «المسافر وماله لعلى تلف إلاّ ما وقى الله»((١)).

١- راجع كشف الخفاء للعجلونى: الرقم ٢٠١٤

فالمراد به أكثريه العطب فى السفر، وإلا فكل من المستثنى والمستثنى منه جار فى الحضر أيضاً، فاللازم مراعاه الإذن والضروره والعرفيه فى كل من السفر بها أو البقاء فى الحضر، وربما يرجح ذلك وربما يرجح هذا وربما يكون التخيير.

السفر بالوديعه

وقد أشار إلى لزوم السفر بها عند الضروره التذكره قائلًا: (لو اضطر إلى السفر بالوديعه بأن يضطر إلى السفر وليس فى البلد حاكم ولا ثقه ولم تجد المالك ولا وكيله، أو اتفق جلاء لأهل البلد أو وقع حريق أو غاره أو نهب ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل سافر بها، ولاضمان إجماعاً، لأن حفظها حينئذ فى السفر بها والحفظ واجب، فإذا لا يتم إلّا بالسفر بها كان السفر واجباً ولا نعلم فيه خلافاً).

ثم ليس الأمر خاصاً بالدابه، بل الحال كذلك فى السفر بسائر الودائع من الكتب والأمتعه والآلات والأغذيه والمشروبات وغيرها.

ولو تمكن من حواله النقد من بلد بسبب المصرف إلى بلد آخر، ومن استصحابه فى السفر، فإن كان أحد الثلاثه بالاستصحاب فهو، وإلا لزم الحواله لأنها آمن بخلاف السفر به، نعم احتمال العطب غير العقلائى فى السفر لا اعتناء به.

ولو كانت هناك عده أسفار بعضها أكثر أمناً من بعض، كالسفر بها بالسياره أو القطار أو الطائره أو الباخره، فإن تساوت عرفاً تخير، وإلا كان اللازم اختيار الأكثر أمناً، إلّا إذا كان احتمال عدم الأمن فى غيره غير عقلائى.

ومثل الوسائل المتعدده فيما ذكرناه من التخيير أو التقديم ما إذا أمكن أسفار متعدده إلى مواضع متعدده، مثلاً يتمكن من السفر بها من بغداد إلى سامراء أو إلى النجف أو إلى كربلاء، لوحده الملاک فى الموضعين، ومثل حال الأسفار

المتعدده الأيام المختلفه كالسبت والأحد والاثنين، أو الأسفار التى يصاحب لها فيها عبده أو ولده أو أخوه أو غيرهم.

ثم هل يجوز السفر أو عدم الحرز مع تحمله الضمان، الظاهر العدم، لأن هناك تكليفاً ووضعاً، والتحمل يكفى فى الوضع لا التكليف، نعم إذا كان إذن أو ارتكاز كما إذا قال: إن فرطت لا شىء عليك إلّا الضمان، أو كان ذلك ارتكازه جاز.

قال فى الجواهر: (لو فرض كون السفر ضرورياً له أو ضرورياً لها، سافر بها حينئذ ولا ضمان عليه).

أقول: إن كان السفر ضرورياً للوديعه فكما ذكره، أما إذا كان ضرورياً له فلا إشكال فى رفعه التكليف، أما رفعه الوضع ففيه الكلام السابق، حيث ذكرنا احتمال الضمان من جهه عدم التنافى بين الأمرين، فهو كما إذا اضطر إلى استعمال الوديعه بأكل الطعام أو لبس اللباس أو ما أشبه ذلك حيث يضمن.

اللهم إلاّ أن يقال: إنه ليس المقام مثل أكل الطعام ونحوه، من حيث إن فى أكل الطعام يأتى دليل «من أتلف» و«على اليد» ونحوهما، بخلاف المقام حيث لا يسمى سفره الضرورى خيانه، وقد عرفت فيما سبق أن الحكم دائرمدار الخيانه وجوداً وعدماً، فتأمل.

ومنه يعلم ما إذا كان الأمر ضرورياً للثالث، كما إذا كان غريق يريد إنقاذه وبإنقاذه ينهب الوديعه الناهب أو يسرقها السارق أو ما أشبه ذلك.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى إطلاق كل من الجانبين مما لخصها الجواهر فى ضمن مسائل:

منها: إن له السفر وإن لم يكن ضرورياً له ولا يحرم عليه السفر من جهتها

كما سمعته من المبسوط والتذكره إلاّ أنه يجب عليه الرد المزبور، وقد يناقش فيه إن لم يكن إجماعاً، بأنه مخالف للسيره المستمره فى جميع الأعصار والأمصار على السفر من الوديعيين بدون ذلك، والاكتفاء ببقائها فى حرزها اللائق بها فى داره التى بيد زوجته وأولاده وعياله، وليس ذلك إيداعاً لها عندهم، بل هو نحو اللبث أياماً عديده لما دون المسافه بالاعتكاف وغيره والوديعه فى حرزها بيد الناظر لها ولداره من عياله وغيرهم، ومع التسليم يتجه وجوب القيام عليه مقدمه للحفظ الواجب عليه.

ومنها: وجوب السفر بها مع الخوف عليها مقدمه للحفظ الواجب عليه، وقد يناقش بعدم ثبوته على الإطلاق كى يكون ذلك واجباً عليه للمقدمه.

ومنها: التخيير بين السفر بها ضامناً لها أو لا والإقامه مع تعذر النفقه.

ثم الظاهر كما ألمعنا إلى مثله فيما سبق، أنه لو زعم ضروره السفر بها فسافر ثم تبين العكس، أو زعم ضروره إبقائها فأبقاها وسافر هو ثم ظهر العكس، لم يكن ضمان لأن الإنسان مكلف أن يعمل حسب نظره، بل المودع لا يريد منه إلاّ ذلك.

ولو كان فى كل من السفر بها والإبقاء لها احتمال الخطر لم يستبعد استصحاب النصف وإبقاء النصف لأنه مقتضى العقلائيه كتنصيف المال المحتمل كونه لهذا أو ذاك، وكذلك حال ما إذا كان هناك حرزان أحدهما محل الخطر فإنه ينصف المال بينهما نصفين، فإن المخالفه الاحتماليه فى النصف مع القطع بسلامه النصف أولى عقلاً وارتكازاً من التغرير بالكل.

ثم إن من التفريط أو التعدى ما ذكره الشرائع بقوله: (طرح الأقمشه فى المواضع التى تعفنها)، وليس المراد التعفن فقط بل الإفساد كذلك، ومثل الأقمشه الكتب ونحوها لوحده الملاك فى الجميع.

أما ما فى المسالك من أنه (يمكن اعتبار كونه ضرراً لها مطلقاً فلا يجوز وضع الثوب فى موضع يعفنه وإن عزم على نقله قبل الفساد، نظراً إلى أنه ليس بحرز له عاده)، ففيه ما لا يخفى، لأن المعيار الفساد بعد فرض كون المحل حرزاً، فكلامه متدافع.

لو ترک سقی الدابه

ثم قال الشرائع: (وكذا لو ترک سقی الدابه وعلفها مده لا تصبر عليها فى العاده فماتت به.

أقول: مثل الموت فى الضمان المرض أو نقص عضو أو نحوه كما إذا عميت أو ما أشبه ذلک.

ثم إن المسالک قال: (واعلم أن الواجب علفها وسقيها كحسب العاده لأمثالها، فالنقصان عنه يعد تفريطاً، سواء صبرت عليه أم لا، ومتى عد تفريطاً صار ضامناً لها وإن ماتت بغيره، هذا هو الذى يقتضيه قواعد الوديعه).

أقول: لكن مقتضى القاعده عدم الضمان إن لم تمت، وإن كان مثل هذه المسأله مشهوراً عندهم على ما سيأتى تفصيل الكلام فيه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره التذكره، وكأن الشهيد أخذه منه، قال: (لو امتنع المستودع من ذلک وعن السقى والعلف حتى مضت مده تموت مثل تلک الدابه فى مثل تلک المده، نظر إن ماتت ضمنها، وإن لم تمت دخلت فى ضمانه، وإن نقصت ضمن النقصان، فإن ماتت قبل مضى تلک المده لم يضمنها).

ثم لاـ يخفى أن الضمان فى صوره الضمان إنما هو إذا علم أو شک فى العطب، لا ما إذا اطمئن بالعدم كما تقدم مثله، وإنما يكون الشک موجباً للضمان لأنه من الخيانه عرفاً إذا كان الشک موجباً لتجنب العقلاء، بل الاحتمال الموجب لتجنبهم حاله حال القطع بالتضرر، كما إذا كان مائه آنيه أحدها سم قاتل، فإن العقلاء لا يقدمون على شربه

إلا فى غايه الضروره من باب الأهم والمهم.

وإذا احتاج حفظ الأمانه على العلم وكان المستودع فاقداً له وجب عليه تحصيله، كما إذا لم يعلم كيفيه حفظ الحيوان أو السياره أو غيرهما كالثياب والأمتعه والكتب والأدويه والمعاجين والحبوب ونحوها.

وإذا كان الحفظ والقيام بشؤون الوديعه على قسمين، حفظ للإبقاء وحفظ للإنماء كالحيوان إذا سقى بالماء العذب نمى، وإذا سقى بغيره لم ينم بل يبقى كحالته السابقه، فاللازم الحفظ المبقى لا المنمى لعدم الدليل عليه.

وإذا كان الحيوان سميناً سمناً مضراً فلم يحفظه بما يبقى سمنه بل هزل هزالاً نافعاً فهل يضمن أو لا، الظاهر العدم إلّا إذا كان المودع ولو ارتكازاً يريد ذلك المضر، وذلك لدليل الخيانه وعدمها فى الفرعين.

ومنه يعلم حال ما لو كان عدم المشى بالحيوان يوجب ترهله فلم يمش به حتى ترهل، وكذلك حال السجاد إذا لم يوضع تحت الأقدام، إلى غير ذلك من الأمثله التى جامعها هو لزوم الحفظ لا أكثر ولا أقل.

ومن صور التفريط ما إذا ترك الفحل حتى ينزو على الأنثى مما يوجب ضعفه وهزاله، أو ترك الأنثى حتى ينزو عليها الفحل فيحبلها مما يخشى عليها من الحمل والولاده.

وكذلك الحيوان إذا تركه حتى يهارشه حيوان آخر مما يوجب ضعفه أو جرحه أو نقصه جسدياً أو فى بعض قواه كأن يعمى أو موته.

ومما ذكرناه يظهر وجه ما اختاره مناهج المتقين خلافاً لغيره حيث قال: (لا فرق فى الضمان عند التفريط بين كون تفريطه علماً عمداً اختياراً، أو عن جهل أو نسيان أو غفله أو إكراه، وقيل: لا يضمن إذا كان عن جهل أو نسيان أو غفله أو إكراه وهذا أشبه، ولكن الأحوط الأول).

ومن المعلوم أن الاحتياط فيما ذكره

لكنه استحبابی لما عرفت من الدليل، هذا تمام الكلام فی التفريط.

أما التعدی فقد مثل له الشرائع بأن يلبس الثوب أو يركب الدابه أو يخرجها من حرزها لينتفع بها، نعم لو نوی الانتفاع لم يضمن بمجرد النيه.

أقول: وكل ذلك فيما إذا لم يكن لمصلحه الوديعه، وإلا لم يكن من التعدی فی شیء، أما أن النيه بمجردها لا توجب الضمان فللأصل مع ظهور عدم صدق الخيانه بالعزم علی الانتفاع بها فيما يأتی من الزمان بدون أن يفعله.

ثم إن الخيانه الفعليه لا تتحقق مع الاشتباه، كما إذا زعم أن الحيوان الفلانی وديعه وذبحه لأكله متعمداً، ثم تبين أنه حيوان نفسه، فإن الوديعه باقيه علی حالها من الأمانه وعدم ضمانه لها، كما أنه لو لبس ثياب الوديعه بزعم أنها ثيابه فظهر أنها وديعه لم تكن خيانه، وكذلك إذا زعم موت المودع الذی يرثه فاستعمل الكتاب مثلاً ـ باعتبار أنه إرثه فظهر عدم موته، إلی غير ذلك من الأمثله.

أما إذا كان عنده وديعه لزيد وأخری لعمرو فخان فی وديعه عمرو زاعماً أنها لزيد، لعداوه بينه وبين زيد فإنه خيانه لتحقق مقومات الخيانه عرفاً وإن كان اشتبه فی التطبيق، ومثله فی الخيانيه ما لو كان له ثوب وثوب آخر عنده وديعه فلبس أحدهما بقصد أنه مهما كان من ماله أو الوديعه غير مهم، فظهر أنه الوديعه فإنه خيانه، وإن كان لو ظهر أنه ثوب نفسه لم تكن خيانه.

ومما تقدم من أن النيه وحدها لا تؤثر فی تحول الأمانه إلی الخيانه يظهر وجه النظر فيما ذكره فی الجواهر حيث قال: (أما لو نوی الغصب فی استدامه القبض صار ضامناً وغاصباً، لكونه كما لو قبضها من أول الأمر علی وجه الخيانه لا الأمانه علی ما اعترف به فی المسالك).

حيث إنه لا دليل على أنه لو أخذها من أول الأمر على وجه الخيانه قصداً يكون ضامناً، وكذلك حال الاستدامه.

ومنه يعلم أنه لاـ وجه للوجهين فى المسأله، بل اللازم الجزم بما ذكرناه، فما ذكره المسالك محل تأمل، قال: (وفى تأثير النيه فى استدامه الأخذكما يؤثر فى ابتدائه وجهان، من ثبوت اليد فى الموضعين مقترناً بالنيه الموجب للضمان، ومن أنه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانه، والشك فى تأثير مجرد القصد فى الضمان).

وتردد فى التذكره.

ويتحقق ذلك فى صور: منها أن ينوى الأخذ ولم يأخذ، أو الاستعمال ولم يستعمل، أو أن لا يرد الوديعه بعد طلب المالك ولم يتلفظ بالجحود، وغير ذلك، فقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النيه.

وللتأمل فى قول القواعد فى كتاب الغصب: (إن المودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود والعزم غاصب)، ولهذا وقع التدافع بين كلامه هناك وكلامه هنا فى الوديعه، حيث قال: (لو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ به لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النيه، لأن سبب أمانته مجرد النيه، وكذا ـ أى يضمن ـ لو جدد الإمساك لنفسه أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع).

ثم إن مقتضى تأثير النيه فى الضمان على ما ذكروا أنه لو كانت عنده وديعتان فنوى أخذ إحداهما كان ضامناً لهما، لأنه خيانه بالنسبه إليهما، سواء أخذ بعد ذلك إحداهما أم لا.

ولو كانت الوديعه بحاجه إلى الاستعمال كلبس الثوب واستعمال السجاد لأجل عدم الفساد ولم يعلم بذلك فلبسه أو استعمله بنيه الاغتصاب خيانه، لم يكن خيانه ولم يوجب الضمان، لأن الخيانه أمر واقعى، وهذا ليس منه، لأنه فعله خيالاً لا مطابقاً للواقع.

ص:۱۱۴

ثم إن الشرائع قال: (ولو طلبت منه فامتنع من الرد مع القدره ضمن)، وذلک واضح لانقطاع الإذن بالاستنابه فی حفظها، وقد تغيرت يد الائتمان حينئذ إلى يد العدوان، لكن اللازم وجود القدره العقليه والشرعيه والعرفيه على ما تقدم تفصيل الكلام فی ذلک).

وهذا هو الذی قاله فی القواعد، حيث قال: (فإن أخر لغير عذر ضمن ومعه لا ضمان).

وفی مفتاح الكرامه: (صرحت به كلمات أكثرهم).

لو جحد الوديعه

قال فی الشرائع: (وكذا لوجحدها ثم قامت عليه بينه أو اعترف بها)، وإنما يكون ضامناً فی هذه الصوره لانقطاع الإذن فهی حينئذ فی يده مضمونه عليه كسائر الغصاب، إذ لا فرق فی الغصب بين الابتداء والاستدامه، هذا بالإضافه إلى خيانته بجحوده.

ثم إن المسالک اشترط فی الضمان أن يكون الجحود بعد طلب المالک لها منه، قال: (فلو جحدها ابتداءً أو عند سؤال غيره لم يضر، لأن الوديعه مبنيه على الإخفاء، فإنكاره لها بغير طلب يوجب الرد أقرب إلى الحفظ).

ولو لم يطلبها المالک لكن سأله عنها قال: لی عندک وديعه، فأنكر، ففی الضمان قولان:

أحدهما: العدم، اختاره فی التذكره لأنه لم يمسكها لنفسه ولم يقر يده عليها بغير رضا المالک حيث لم يطلبها، ومجرد السؤال لا يبطل الوديعه ولا يرفع الأمانه بخلاف الطلب.

والثانی: ثبوته لأن جحوده يقتضی كون يده ليست عن المالک، لأن نفی الملزوم يقتضی نفی لازمه من حيث هو لازمه، فلا يكون أميناً عنه فيضمن، واختاره المحقق الشيخ علی.

وهو متجه، لكن فرعه الأول محتاج إلى التفصيل بين ما إذا كان الجحود

لأجل الإخفاء لا لأجل إرادته غصبها، إذ لو جحد مريد الغصب فهو خيانه، ودليل اليد يقتضى الضمان بعد انقطاع كونها وديعه حينئذ.

ولو شك فى أن الجحود كان لهذا أو لهذا، كان الظاهر أنه جحود خيانه إلاّ أن يثبت خلافه.

وما فى الجواهر من (أن أصاله البراءه واستصحاب الأمانه وغيرهما يقتضى العدم، ولعله الأقوى)، غير ظاهر بعد ظهور الجحود فى الخيانه عرفاً، نعم مقتضى القاعده قبول قوله إذا قال: أردت بذلك الإخفاء لا الجحود، لأنه أعلم بنيته، والأمين مؤتمن.

ثم إن ما وجهه المسالك تبعاً للشيخ على هو الوجه فى فرعه الثانى لما ذكره، وقد سبقهما فيه الفخر، ولحقهما صاحب الجواهر.

ثم لو أظهر لجحوده عذراً بنسيان أو سهو أو غفله أو ما أشبه ذلك، لم يكن ضمان إن صدقه المالك، وإن لم يصدقه فالظاهر عدم الضمان أيضاً، لأن الإنسان أخبر بنفسه من غيره، ودليل الأمين مؤتمن آت هنا.

فقول الجواهر: (وإلا ضمن عملاً بظاهر الحال وأصاله عدم النسيان)، غير ظاهر الوجه، كما أنه لو كان الجحود لمصلحه الوديعه بأن قصد به دفع ظالم أو متغلب أو نحو ذلك لم يضمن لوضوح بقاء يده على الأمانه وإنكاره إحسان محض ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾((١)) .

ومما تقدم يظهر حال ما إذا أقر بالبعض وجحد البعض فلكل حكمه، ولو كان اللازم الجحود لدفع يد الظالم فأقر عالماً عامداً لم يستبعد الضمان، لأن إقراره فى مثل المقام خيانه، ولو جحد قائلاً لم أعلم أن الطالب هو صاحبها بل زعمت أنه إنسان آخر، قبل قوله لما تقدم من أنه أخبر بنيته.

ولو جحد وأبدى العذر بأن

١- سوره التوبه: الآيه ٩١

المالـک کـان له قصـد الحرام بنفسه کمجـامعته معه إذا کان حیواناً، أو بجعله ثمناً للحرام کاشتراء الخمر والخنزیر به، احتاج إلی الإثبات لأنه ادعاء علی الغیر.

ولو ادعی المالک علیه الجحود فهو ضامن وأنکر، فالمالک محتاج إلی الإثبات وإلا فعلیه الیمین.

وممـا تقـدم ظهر أنه لاـ فرق فی الجحود العـذری بین أن یکون لأجل نفسه أو لأجل الودیعه حیث یغصـبها الغاصب إن علم أنها ودیعه زیـد، أو لأجـل المالـک حیث إذا أقر وعلم الظـالم أنها للمالک عاقب المالک، بل وکـذلک إذا کان لأجل الغیر کما إذا سأل الظالم ولد المالک أو أخاه أو جاره أنه هل للمالک ملک فقالوا لا، فإذا أقر المستودع عاقب الظالم المنکر.

ثم قال الشرائع: (ویضمن لو خلطها بماله بحیث لا یتمیز)، وفی الجواهر: (بلا خلاف أجده).

أقول: کل تصـرف لم یکن بإذن أو ضروره أو ارتکاز یکون من الخیانه عرفاً، سواء کان بـالمزج أو الخلط أو الصهر، مثل الذهب والفضه یذابان أو الشمش منه یصنع الحلی، أو البناء فی مثل الحدید والآجر، أو الخیاطه فی القماش، أو القص فی مثل الجلد، أو الإحبـال فی مثـل الحیوان، أو الطحن والعجن والخـبز فی مثـل الحنطه والشـعیر، أو إجراء العملیه الجراحیه علیه فی مثـل الحیوان، حیث یُنقصه عضـواً أو قـوهً، أو یزیـده عضـواً، أو النشـر فی مثـل الخشب، أو الصـبغ فی مثـل الثـوب ونحـوه، أو التفریـق فی مثل الکتـاب، أو جمع الأـوراق فی کتاب مجلـد، أو الصـنع فی مثل الخشب یجعله باباً، أو إسـقاط حمل الحیوان، أو الإجهال فی مثل الحیوان المعلم یزرقه إبره یسـبب له جهلاً أو خبلاً أو ما أشـبه ذلک، أو الوطی فی مثل الحیوان المحلل فیحرم، أو فی مثل الـدابه فیجب الإذهاب

به إلى بلد آخر، إلى آخر ما ذكروه فى كتاب الحدود.

ولو لم يوجب تحريماً فهل يعد كذلك من الخيانه، كما إذا جامعت المرأه المستودعه بقرد المودع أو كلبه أو حيوانه المحلل حيث لا يوجب ذلك تحريماً له، احتمالان، وكذلك بالنسبه إلى وطى المستودع قرده وكلبه وما أشبه.

ومن الخيانه أيضاً لو فك السياره أو الغساله أو البراده أو المبرده أو المروحه أو ما أشبه ثم جمعها مره ثانيه.

قال فى المسالك: (ويفهم من قوله خلطها بماله أنه لو خلطها بمال المالك لم يضمن، وليس كذلك بل يضمن على التقديرين).

أقول: وهو كما ذكره.

ثم قال: (ولا فرق هنا بين أن يكون المالان عنده وديعه فيمزج أحدهما بالآخر، وكون الآخر أمانه بغير الوديعه أو غصباً، لصدق التصرف المنهى عنه فى ذلك كله، وربما كان للمالك غرض فى الامتياز).

أقول: ولا حاجه فى أن يكون للمالك غرض، إذ التصرف غير المأذون فيه شرعاً أو مالكاً أو عقلاً ممنوع عنه ويعد خيانه.

ثم قال: (ويفهم من قيد الحيثيه بعدم التمييز أنه لو تميز المالان لا يضمن، والحكم فيه كذلك إن لم يستلزم المزج تصرفاً آخر غير المزج منهياً عنه، كما لو كان المال فى كيس مختوم ونحو ذلك فالضمان المنفى على تقدير الامتياز من حيث المزج وان أوجب الضمان من حيثيه أخرى)، وهو كما ذكره.

وعلق عليه الجواهر بقوله: (ولعله كذلك للأصل إن لم نقل بتحقيق العدوان فى نفس الخلط والمزج باعتبار كونه تصرفاً فى الوديعه غير ما هو نائب فيه ولا من مقدماته، وإلاّ ففيه إشكال).

وعلى هذا فمقتضى القاعده التفصيل لا الإطلاق من هذا الجانب أو ذاك الجانب.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وكذا يضمن لو أودعه مالاً فى كيس مختوم أو فى صندوق مقفل أو مدفوناً ففتح ختمه وقفله ونبشه إن لم يكن بقصد أخذ شيء منه، وكذا ما أشبه الختم فى الدلاله على قصد المالك الإخفاء كالخياطه ونحوها).

أقول: لا حاجه إلى الدلاله على قصد المالك فى الإخفاء، بل كل تصرف لم يأذن به الشارع والمالك يكون من التعدى والخيانه عرفاً.

قال فى المسالك: (ونبه بقوله فى كيس مختوم على أن الختم المانع من تصرف المستودع هو ختم المالك، فلو كان من المستودع لم يضمن، لأنه لا هتك فيه ولا نقصان عما فعله المالك، هذا إذا لم يكن الختم منه بأمر المالك وإلا كان كختم المالك)([1]).

لكنك قد عرفت أنه لا يمكن إطلاق القول فى هذا الطرف أو فى هذا الطرف، سواء كان الختم من المالك أو بأمره أو من المستودع، إذ ربما يختم المستودع لكن فتحه يكون خيانه وتصرفاً زائداً.

لو فتح الظرف هل يكون ضامنًا

ثم قال: (وحيث يضمن بالفتح يصير ضامناً للمظروف، وفى ضمانه للظرف وجهان: أجودهما ذلك للتصرف فيه المنهى عنه، واستقرب فى التذكره([2]) العدم لأنه لم يقصد الخيانه فى الظرف، ويضعف بأن قصد الخيانه لا دخل له فى الضمان بل التصرف)([3]).

أقول: مما تقدم تعرف الكلام فى كلا الإطلاقين.

كما منه يعلم وجه النظر فى إطلاق ما ذكره الجواهر مناقشاً عليه حيث قال: (يمكن المناقشه فيه بأنهما معاً تصرف غير مأذون فيه، فهو تعد عما هو نائب فيه

۱- مسالك الأفهام: ج۵ ص۱۰۸

۲- التذكره: ج۲ ص۱۹۸

۳- مسالك الأفهام: ج۵ ص۱۰۸

فيضمن أيضاً كما اعترف به جامع المقاصد، اللهم إلاّ أن يقال بكون العدوان الذى يتبعه الضمان خصوص ما يصدق عليه الخيانه عرفاً من التصرف لا مطلقاً وإن أثم به باعتبارعدم الإذن فيه).

أقول: الإثم أيضاً ليس مطلقاً.

وقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى إطلاق الأردبيلى عدم الضمان فى شىء من ذلك حتى فى فتح الختم للأصل وعدم التصرف والتقصير فى الحفظ، ولم يثبت كون هتك الحرز موجباً للضمان ولابد له من دليل.

كما أن من ذلك يظهر وجه النظر فى إطلاق ما فى المسالك من أنه لو خرق الكيس فإن كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفض الختم، وإن كان فوقه لم يضمن إلا نقصان الخرق، وقد حكى ذلك عن المبسوط والتذكره والتحرير أيضاً.

وقد أجاد مناهج المتقين حيث قال: (من التعدى أيضاً فتح ختم الكيس المودع عنده مختوماً، سواء أخذ منه شيئاً بعد فتحه أم لا).

ولا بين كونه مشتملاً على علامه المالك أم لا، إلاّ إذا علم عاده بعدم المنع من فك ما لا علامه عليه ورضاه بذلك، ومثل ختم الكيس قفل الصندوق ونحوه، كما أن مثل فتح الختم بفك القفل خرق الكيس تحت الختم وكسر الصندوق ونبش المدفون.

أما قوله بعد ذلك: (ولو كان الختم من المستودع لم يكن فتحه تعدياً إلاّ إذا كان ختمه بأمر المالك، ولا يضمن الكيس والصندوق ونحوهما بفتح الختم وفك القفل بل ما فيها خاصه على الأظهر)، فإطلاقه غير ظاهر.

ولو بخّر المودع أو فتح رأس قنينه العطر ونحوه أو أشعل المصباح أو أطفأه، ففى الأول يكون خيانه إلاّ إذا تمكن من إرجاعه بأن كان التبخير فى فضاء

مغلق، اللهم إلاّ ـ إذا كان بدون رضا المالک وإذنه، وفی فتح رأس القنینه التفصیل السابق، کما أن فی المصباح التفصیل المذکور، ومثله ما لو ملأ المصباح أو نحوه بالنفط أو أفرغه منه، أو ملأ الثلاجه ونحوها بالغاز أو أفرغها منه، لوحده الملاک فی الجمیع.

ثم قال الشرائع: (وکذا لو أودعه کیسین فمزجهما)، وحیث قد عرفت تفصیل الکلام فی ذلک بین کونهما لمالکین أو لمالک واحد إلی غیر ذلک من الخصوصیات فلا حاجه إلی إعاده الکلام.

ولو أودعوه الدواب والبهائم ونحوها فجعل جمیعها فی الاصطبل أو المراح، أو جعل الأسماک فی الحوض، أو الطیور فی القفص، فإن کان مال المودع وحده أو کان ماله عن مال غیره ممیزاً لم یکن من الخیانه ونحوها، وإلا أمکن کونه من الخیانه، فیقول له العرف لما ذا خلطت هذا الخلط الموجب للاشتراک أو القرعه، إلاّ إذا کان ضروره أو نحوها کما عرفت.

ومما ذکرناه فیما سبق من نقص قوه أو عضو أو زیاده أی منهما یعرف وجه الکلام فی قول الجواهر: (ولو أتلف بعض الودیعه المتصل ضمن الباقی، کما لو قطع ید العبد وبعض الثوب، ولو کان منفصلاً أو الإتلاف خطأً، ففی القواعد: ضمنه خاصه کما لو أخرج بعض الدراهم، وقد یشکل مع صدق الاتحاد عرفاً بتحقق الخیانه، بل قد یدعی أن المدار فی الاتحاد إیداع الجمیع بعقد واحد، إلاّ أنه لا یخلو من بحث)((1)).

إذا قطع السلعه

نعم الظاهر أنه لیس من الخیانه إذا قطع السلعه أو الإصبع الزائده فی الحیوان أو العبد، أو أجری عملیه جراحیه لبتر سائر الأعضاء الزائده، أو فعل العملیه للتجمیل لاستقامه الأنف، أو رفع الشعر الزائد الذی أخذ مساحه من

1- جواهر الکلام: ج27 ص 140

الجبهه، أو تبديل الصلع إلى مشعر، أو جعل بيضه لمن له بيضه واحده، أو غير ذلك من الأمثله، لوجود الارتكاز فى الرضا والإجازه من المالك.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو أمره بإجارتها لحمل أخف فآجرها لأثقل، أو لأسهل فآجرها لأشق كالقطن والحديد)، وفى الجواهر: (بلا إشكال ولا خلاف لصدق التعدى والخيانه).

ومنه يعلم حال ما لو أمره بإيجارها لطريق خاص، فآجرها لطريق آخر، أو لراكب خاص شخصاً أو صنفاً كالرجل مثلاً فآجرها لغيره، أو فى زمان خاص أو مكان خاص أو بشرط خاص، أو أن يعلف الدابه فى السير علفاً خاصاً، أو يسكب فى القطار أو الطائره أو الباخره أو السياره أو الدارجه أو ما أشبه بنزيناً خاصاً ففعل خلاف ذلك، سواء بالأجود أو المساوى أو الأردأ، أو الأرخص أو الأغلى، لأن كل ذلك خلاف إذن المالك فيضمن.

وكذلك الحال فيما إذا كان ارتكاز بأحد الأقسام المذكوره فخالف الارتكاز إلى شىء آخر، لما عرفت مكرراً من أن الارتكاز قائم مقام اللفظ ونحوه.

ومما ذكر يعلم حال ما إذا أمره بحمل أثقل أو أصعب فخالف، أو أمره باستصحابها فى السفر بنفسه أو بابنه أو ما أشبه ذلك.

ثم إن المسالك قال: (وهل يتحقق بمجرد العقد، يحتمل ذلك لتسليطه على الانتفاع والعدوان فيخرج عن كونه أميناً كما يضمن بجحوده بل بمجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان وعدمه، كما لو نوى الخيانه أو التفريط، أو قال إنه يفعل ذلك ولم يفعل، ولم أقف فى ذلك على شىء يعتد به).

وفيه موضعا نظر:

الأول: ما تقدم من أن النيه بمجردها لا توجب الخيانه.

والثاني: إن مجرد العقد لما كان فاسداً لا يكون خيانه، لأنه لم يكن تصرف في العين، وإنما كلام خارجي لا يرتبط بالعين لا شرعاً ولا عرفاً.

نعم ربما يقال بأن مثله خيانه عرفيه وإن كان باطلاً شرعاً، بل وعرفاً أيضاً، فهو مثل ما إذا أجرى العقد على ذات محرم حيث إن العقد بمجرده وإن لم يرتب أثراً عليه حرام، مع أنه لا يؤثر شرعاً ولا عرفاً، على ما فصلناه في كتاب النكاح.

ومما تقدم يعرف وجه النظر في ما في مناهج المتقين حيث قال: (ولو نوى عند أخذ الوديعه من المودع التصرف كانت يده عاديه وضمنها بذلك، بخلاف ما لو نوى عند الأخذ الحفظ ثم نوى بعد ذلك الخيانه، فإنه حينئذ مجرده لا توجب الضمان، وإنما يضمن بلحوق التعدي)، إذ قد عرفت أنه لا تأثير للنيه وعليه بيان الفارق بين الفرعين.

ومما تقدم يعلم وجه الضمان فيما إذا أودعه شيئاً وأمره بتحميله على دابتين أو دابه واحده أو دابه خاصه أو ما أشبه ذلك فخالف، أو أودعه السياره وأمره بحمل خمسه أشخاص فيها فحمل فيها أقل أو أكثر، إلّا في المستثنيات الثلاثه التي ذكرناها سابقاً.

ثم قال في المسالك: (المضمون على تقدير المخالفه هو الجميع لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع، مع احتمال التقسيط خصوصاً في حمل الأثقل، لأن القدر المأذون فيه ليس بمضمون وإنما تعدى في الزائد فيقسط التالف عليهما، وعلى هذا فيعتبر في الأضر ما ساوى المأذون من الضرر، مع احتمال ضمان الجميع هنا وإن قلنا به ثم، لأن مجموع الحمل مغاير للمأذون بخلاف الأثقل، إذا كان الثقل مستنداً إلى زياده المقدار مع اتحاد الجنس، كما إذا أذن له في حمل قفيز فآجرها بقفيزين).

ص:١٢٣

وفيه: إنه لا وجه لاحتمال التقسيط بعد رؤيه العرف الخيانه، بل قد عرفت أنه لو أمره بحمل الأثقل فحمل الأخف كان من الخيانه إذا لم يكن أحد المستثنيات الثلاثه، ولذا أشكل عليه الجواهر بأنه (لا يخفى ما فيه لضروره كون مراد المصنف ضمان نفس العين التى لا ينبغى التوقف فى ضمانها أجمع للتعدى المزبور).

أقول: نعم إذا كانا منفصلين كان من التعدى فى الجمله، كما إذا أودعه دابتين وأمره بأن يحمل على كل واحده قفيزاً، فحمل على إحداهما قفيزاً وعلى الأخرى قفيزين، فإنه لا يضمن إلّا الدابه المخالف فيها.

ولو أمره بحمل قفيز عليها فجاء ظالم وحملها قفيزاً له، لم يجز له حمل القفيز الآخر لأنه خلاف إذن المالك الذى أراد به حمل قفيز واحد، وإذا كان قفيزه محملاً ـ قبل ذلك عليها ثم حملها الظالم قفيزه وجب إنزال قفيزه فوراً، فلو تماهل كان خيانه حسب الموازين العرفيه.

ولا ـ فرق بين أمره بالتجاره أو الرهن أو الصلح أو البيع أو المضاربه أو المزارعه أو المساقاه أو غير ذلك، لوحده الملاك فى الجميع، وعلى هذا فكل مخالفه فى سائر الخصوصيات توجب الخيانه، سواء كانت خصوصيه زمانيه أو مكانيه أو غيرهما.

وكذلك الحال فى الانتفاع، كما إذا قال له لا تنتفع بالدابه إلّا فى الركوب، فأركب عليها حملا، أو قال لا تنتفع من الارض إلّا بالسكنى، فزرع فيها، إلى غير ذلك.

ومما تقدم يعلم حال ما ذكره الشرائع حيث قال: (ولو جعلها المالك فى حرز مقفل ثم أودعها ففتح المودع الحرز وأخذ بعضها ضمن الجميع، ولو لم تكن مودعه فى حرز أو كانت مودعه فى حرز للمودع فأخذ بعضها ضمن ما أخذ).

أقول: وذلك لأنه من الخيانه والتعدى، وكذلك إذا ترك الصندوق يفتحه ولده أو إنسان آخر فإنه من التفريط والخيانه، سواء أخذ منها أو لم يأخذ،

والحرز للمودَع بالفتح حاله حال الحرز للمودِع بالكسر أو لثالث، فإنه إذا أودعه فی الحرز بنظر المالک وقفله لا حق له فی الفتح إذا عد ذلک خیانه، والمحور هی الخیانه عرفاً، فقد لا یکون الفتح لحرز المودِع بالکسر خیانه، وقد یکون الفتح لحرز المودَع بالفتح خیانه.

وحیث قد عرفت الملاک فی الضمان وعدمه لا یمکن القول بالإطلاق فی أحد الجانبین فیما ذکره المسالک بقوله: (لو نوی التصرف فی الودیعه عند أخذها بحیث أخذها علی هذا القصد کانت مضمونه علیه مطلقاً، لأنه لم یقبضها علی وجه الأمانه، بل علی سبیل الخیانه، وفی تأثیر النیه فی استدامه الأخذ کما تؤثر فی ابتدائه وجهان، من ثبوت الید فی الموضعین مقترناً بالنیه الموجب للضمان، ومن أنه لم یحدث فعلاً مع قصد الخیانه، والشک فی تأثیر مجرد القصد فی الضمان، وتردد فی التذکره((1))، ویتحقق ذلک فی صور منها: أن ینوی الأخذ ولم یأخذ، أو الاستعمال ولم یستعمل، أو أن لا یرد الودیعه بعد طلب المالک، ولم یتلفظ بالجحود وغیر ذلک، وقد جزم المصنف فیما سبق بأنه لو نوی الانتفاع لم یضمن بمجرد النیه) ((2)).

ولو علم المستودع بتصرف الغیر فی الودیعه قهراً لم یکن علیه شیء، وإن کان باختیاره بأن أمکن الحیلوله بینه وبینها بدون عسر أو حرج، أو ضرر أو ضروره، سواء کان الاختیار ابتداءً أو استدامه بأن تمکن بعد زمان من الإنقاذ ولم ینقذ، کان ضامناً فی الأول مطلقاً، وفی الثانی من حیث تمکن، أما إذا انعکس بأن تمکن من الحیلوله أولاً دون الثانی فالظاهر کونه خیانه مطلقاً حتی بالنسبه إلی الوقت الثانی، فالخیانه توجب الضمان مطلقاً وإن خرج عن یده فی الوقت الثانی، کما إذا جاء السیل وذهب بالودیعه بما لو لم یخن لم یذهب بها السیل،

1- التذکره: ج2 ص198

2- مسالک الأفهام: ج5 ص110 _ 111

ولو قلنا إن النيه توجب الخيانه فالظاهر أنه نيته بنفسه لا نيه وكيله أو ولده أو سائر متعلقاته.

لو أودعها أمام الظالم

ولو أودع المستودع الوديعه الحرز أمام الظالم ونحوه مما عد تفريطاً فيها، حيث إنه يعلم بوضعها فى الموضع الفلانى فيأخذها منه، كان فيه الضمان، لأنه من التفريط والخيانه، وحيث قد عرفت أن الميزان هو التفريط عرفاً يكون الإطلاق فيما ذكروه مقيداً.

قال فى المناهل: (ألحق أيضاً فى القواعد والتحرير والروضه والرياض بما ذكر ما لو أخبر بمكانها اللص فسرقها)، وزاد فى القواعد: ما دل سارقاً عليها وما لو أقر بها لظالم.

ولو أخبره بها فى الجمله ولم يعين له مكانها فحكى فى المسالك عن التذكره أنه لا يضمن، واستشكله قائلا: ويشكل إن كان مع كونه سبباً فى السرقه لأنه تفريط.

نعم لو لم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته لها توجه ذلك، وهذا بخلاف الظالم فإن معلمه يضمن مطلقاً، والفرق أن الظالم إذا علم بها أخذها قهراً، والسارق لا يمكنها أخذه إلّا إذا علم موضعها.

وصرح فى الروضه والمسالك ومجمع الفائده والرياض بأن المستودع يضمن لو كان سبباً فى الأخذ القهرى ولا يمكنه الدفع، وأما مع عدمه كما لو علم أو ظن أن فعله ذلك لا يوجب الأخذ القهرى ولا يصير سبباً ثم تبين خطأ اعتقاده ففى ضمانه حينئذ إشكال، والأقرب عدمه.

أما إذا لم يعلم أنه يضعه فى الحرز بمرئى ومسمع من الظالم أو من يخبره لم يضمن، لعدم التفريط والخيانه عرفاً، ومثل كونه بمرئى الظالم ما كان بمرئى الفضول الذى يتكلم اعتباطاً فى كل مكان حتى يصل كلامه إلى الظالم ولو احتمالا

عقلائياً، وهكذا إذا كان هناك حيوان يدل الظالم عليه كالكلب والقرد المعلَّمين.

ومثله فى التفريط ما إذا وضعها بمتناول حيوان يأكله أو يسرقه كالغراب يسرق الحلى، والفار يسرق الليرات الذهبيه، والطير يأكل الحب.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (ولو أعاد بدله لم يبرأ إلا مع إجازه المالك لعدم صيرورته بدلاً بدون قبض المالك، وحينئذ فلو أعاده ومزجه بالباقى ضمن ما أخذه خاصه مع التمييز، بل الجميع فى وجه تقدم سابقاً، وأما لو أعاد بدله ومزجه ببقيه الوديعه مزجاً لا يتميز ضمن الجميع قطعاً، لما سمعته من تحقق التعدى بذلك). وهو كما ذكراه.

وهذا فى غير ما إذا كان ولياً فى تشخيص الكلى فى الفرد كالأب والجد بالنسبه إلى الصغير، والحاكم ووكيله بالنسبه إلى الصغير وغيره، وإلا تشخص الكلى فى ذلك الفرد الذى جعله بدلاً عن المتلف، هذا فيما إذا كان الأخذ عدواناً، وإلا كما إذا كان نسياناً أو نحوه أو للقرض حيث يجوز القرض للارتكاز فلا ضمان إذا أعاده.

والظاهر أن الروايه الوارده فى القرض ناظره إلى الارتكاز، ففى خبر الخثعمى، عن الصادق (عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعه يأخذ منه بغير إذن صاحبه، فقال: «لا يأخذ إلاّ أن يكون له إذن»، قال: قلت: أرأيت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذى يضمنه يأخذ منه، قال: «نعم»((1)).

وفى خبر على بن جعفر، عن أخيه موسى (عليه السلام) المروى عن قرب الإسناد

١- الوسائل: ج١٣ ص٢٣٢ الباب ٨ من كتاب الوديعه ح١

ومستطرفات السرائر، سألته عن رجل كانت عنده وديعه لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردها بغير إذن صاحبها، قال: «إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذه ويرده»((١)).

لو أخذ بعض الوديعه

وإذا أخذ من المعدود بعضه كالشياه والدراهم والكتب والأثواب ونحوها ثم رده فتلف ذلك المأخوذ بنفسه ضمنه دون غيره، أما إذا تلف المجهول من المأخوذ وغير المأخوذ فهل يضمن الكامل أو بالنسبه، احتمالان، من أصاله عدم رد الوديعه لاحتمال أن يكون التالف ما ضمنه فاللازم رده كله، ومن أنه يأتی فيه قاعده الاشتراک فاللازم الرد بالنسبه.

قال فی الجواهر: (لو كان الجميع عشره دراهم وأخذ منها درهماً ثم رده إليها وتلف بغير تفريط لم يلزمه إلّا درهم، ولو تلف منها خمسه لزمه نصف درهم وهكذا).

ثم أشكل عليه بقوله: (قلت: قد يتوقف فی تنقيح قاعده تقتضی ذلک، اللهم إلاّ أن تكون هی قاعده الاشتراک فی الملک بالمزج القهری، وفی العين بقيام الاحتمال منهما مع عدم الترجيح، وإلا فقاعده «على اليد» تقتضی ضمان المأخوذ حتى يعلم أداؤه إلى مالكه، فيلزمه حينئذ ضمان الدرهم مع تلف الخمسه أيضاً لعدم العلم بالأداء مع دفع الباقی إلى المالک).

ومنه يعلم حال ما إذا كان غير متعدد كالسمن والماء والزيت والدبس ونحوها، لكن ظالماً أفرز بعضه حيث لم يكن الضمان على المستودع فأخذ ذلک البعض المستودع تعدياً وظلماً ثم صبه على الباقی فتلف مقدار ذلک البعض، كأوقيه فی

١- الوسائل: ج١٣ ص٢٣٣ الباب ٨ من كتاب الوديعه ح٢

المجموع فهل يضـمنها أو يضمن بالنسبه على ما تقدم، لكن مقتضى القاعده ضمان الكل لما ذكر من الأصل بعد عدم دليل على تمشى قاعده الاشتراك فى المقام.

ثم مثل مزجه بنفسه ما إذا تركه فى مكان يمزجه ولده ونحوه، لأن السبب أقوى من المباشر، وإن كان المازج أيضاً ضامناً.

ص:١٢٩

مسأله ۵: جواز السفر بالوديعه

(مسأله ۵): قال فی الشرائع: يجوز السفر بالوديعه إذا خاف تلفها مع الإقامه ثم لا يضمن، ولا يجوز السفر مع ظهور أماره الخوف، ولو سافر والحال هذه ضمن.

أقول: المعيار هو التعدی والتفريط والخيانه علی ما قد عرفت، والمستثنی الموجب لعدم الضمان الإذن والضروره ونحوهما علی ما تقدم، فإذا خاف من تلف الوديعه مع إبقائها وحدها وتعذر الرد إلی المالك أو وكيله أو الحاكم أو الإيداع إلی أمين أو ما أشبه مما سبق جاز السفر بل قد يجب، وإنما يكون الجواز بالمعنی الأخص فيما إذا كان كل من السفر والبقاء علی حد سواء فی الخطر والخوف.

وعلی هذا فإذا كان أحد من السفر والحضر أحرز قدم علی الآخر، وإن تساويا تخير، وإذا كان فی أحدهما الحرز دون الآخر تعين أيضاً، وإن ظهر الخلاف بعد ذلك وقد عمل بالموازين العقلائيه لم يكن ضامناً، لأن الإنسان لا يكلف بأكثر من الموازين العقلائيه، بل المودع لا يريد منه إلا مثل ذلك فی غير ما أمر بالاحتياط حتی يكون خارجاً عن الإذن.

وليس الأمر خاصاً بالسفر والحضر، بل بالنقل من دار إلی دار، ومن مكان إلی مكان، ومن علو إلی سفل ومن سفل إلی علو، إلی غير ذلك من أقسام التنقلات.

ولو أمره بالوضع فی بيت أو صندوق أو ما أشبه فخاف انهدام السقف وتلفه، أو أمره بالإبقاء فی البلد فخاف اللصوص مما خرج المكان المحدود عن الحرزيه، أو أمره بالسفر بها حيث كان السفر أمناً فصار غير آمن إلی غير ذلك، عمل بالعقلائی، ولو كان فيه مخالفه للمودع، وإلا كان ضامناً لأنه ارتكازی المودع حسب العرف.

ولـو خـالف بالنقـل حيث قـالوا بالضـمان، فظهر التلـف فى البقـاء، فهـل يضـمن نظراً إلى زعم المسـتودع، أو لاـ نظراً إلى الواقع، احتمالان لكن الارتكاز على إراده المودع الواقع إذا لم يكن تقييد بالخلاف.

ومنه يعلم حال ما إذا خالف وكان كل من المكان الأول المأمور به والثانى المنهى عنه سـفراً أو حضراً محل التلف، بسبب السيل أو بـاللص أو بنحوهمـا، قـال فى القواعـد فى أسـباب الضـمان: (المخـالفه فى كيفيه الحفظ، فلو عين له موضـعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ويضمن لو نقل، إلاّ إلى ما هو أحرز أو مساو على رأى، فإن تلفت بالنقل إليه لانهدامه ضمن).

وظاهره أنه لو تلف بغير الانهـدام بموت طبيعى أو تلف طبيعى لم يضـمن، كما فسـره بذلك مفتاح الكرامه، لكنه محل إشـكال، لأن اليد لما صارت خيانيه كان الضمان، سواء كان التلف بسبب النقل أو بسبب طبيعى.

قـال فى مفتـاح الكرامه: (إن المصـنف أراد أن ينبه على أنهـا لو تلفت لا بسـبب النقل كالموت فإنه لا يضـمن، لأنه فعل سائغ لم يسـتعقب تلفاً ظاهراً بسـببه، بخلاف التلف بالانهدام، فإنه بانهدامه ظهر أنه ليس مساوياً ولا أحرز فلا يكون صالحاً للنقل فلا إذن من المودع فى الواقع، ومثله مكترى الدابه للركوب لو ربطها فى بيت أو اصـطبل فماتت لم يضمن، وإن انهدم ضمن لأنه تبين أنه فرط فى ربطها فيه حيث لم يراعه، ويبقى الكلام فيما إذا سرقت أو غصبت من ذلك البيت المنقوله إليه ففيه وجهان).

وقد عرفت أن الملاك هو صدق الخيانه والتعدى والتفريط ما أشبه.

مسأله ۶: براءه المودع بردها

(مسأله ۶): قال فی الشرائع: (لا یبرأ المودع إلا بردها إلی المالک أو وکیله، فإن فقدهما فإلی الحاکم مع العذر، ومع عدم العذر یضمن، ولو فقد الحاکم وخشی تلفها جاز إیداعها من ثقه، ولو تلفت لم یضمن).

أقول: هذا هو المشهور بین الأصحاب، بل فی المسالک لا نعلم فیه خلافاً بینهم، ووافقهم جماعه من العامه، فإن الودیعه لما کانت عقداً جائزاً جاز للمستودع ردها فی کل وقت، فإذا کان المالک أو وکیله أو ولیه موجوداً أعطاها له، ولا یبرأ حینئذ بردها إلی الحاکم لأنه لا ولایه له علی الحاضر الرشید.

أما إذا لم یکن المالک ووکیله وولیه وأراد المستودع ردها وجب أن یردها علی الحاکم، سواء کان له حاجه إلی الرد من ضروره أو خوف حرق أو سرقه أو نهب أو ما أشبه ذلک، أو لم تکن له ضروره، خلافاً للمشهور الذین حصروا الأمر فی الضروره، ووجهوا ذلک بأنه قد التزم الحفظ فلا یبرأ إلاّ بدفعه إلی المالک أو وکیله، لأن المالک لم یرض بید غیره إذ لا ضروره له إلی إخراجها من یده، فاللازم علیه أن یحفظها إلی أن یجد المالک أو یتجدد له العذر.

لکن مقتضی القاعده ما ذکرناه وفاقاً لبعض الأصحاب حیث قال فی المسالک: (أجاز بعضهم دفعها إلی الحاکم عند تعذر المالک مطلقاً لأنه بمنزله وکیله، ولیس بذلک البعید).

وهو کما ذکراه، إذ لا یلزم علی الإنسان أن یحفظ مال غیره ولیس معنی قبوله الودیعه وهی عقد جائز أن یبقی علی الحفظ وإن فسخ، فإنه خلاف دلیل سلطنه الناس علی أموالهم وأنفسهم.

وقد اختار هذا الجواهر قائلًا بعد نقله کلام الأصحاب: (قد یقال إن لم یکن إجماعاً بعد جواز فسخ الودیعه له فی کل وقت وحینئذ تکون أمانه شرعیه فی یده یجب ردها علی المالک أو وکیله أو ولیه وهو الحاکم وإن لم یکن ضروره).

ص:۱۳۲

نعم إذا شرط المالک أنه إذا فسخها لم یکن له إعطاؤها إلّا بیده أو ید وکیله، لم یصح له إعطاؤها للحاکم حسب الشرط.

لا یقال: لا مجال للشرط بعد بطلان العقد، بل الشرط فی العقد الجائز غیر واجب النفوذ لأن الفرع لا یزید علی الأصل.

لأنه یقال: بعد الغض عن قول جماعه بأن الشرط فی العقد الجائز أیضاً واجب الوفاء علی ما حققناه فی بعض مباحث الفقه، تسلیمها إلی غیر المشروط خیانه.

وعلی کل حال، بعد وضوح وجوب القبول علی الحاکم فی صوره عذر المستودع، الظاهر وجوب القبول علیه فی صوره عدم عذره أیضاً، لأنه منصوب للمصالح وهذه منها، ولذا علله غیر واحد بأنه لو لم یجب القبض علیه فاتت المصلحه المطلوبه من نصبه، فلا مجال لأصاله البراءه وإن احتملها بعضهم، ولذا قوی الوجوب فی المسالک والجواهر، وشبّهها حمل المدیون الدین مع غیبه المدین، والمغصوب ما غصبه إلی الحاکم بالمقام.

الحاکم یقبض الودیعه

ثم الظاهر أن للحاکم أن یقبضها بنفسه أو یوکل من یقبضها، لأن وکیل الحاکم بمنزله الحاکم، ولا دلیل علی خصوصیه الحاکم، فقد ذکرنا فی بعض مباحث الفقه أن قوله (علیه الصلاه والسلام): «قد جعلته علیکم حاکماً» یؤخذ الموضوع فی شؤون الحاکم من العرف، ولا شک أن العرف یرون أن مثل ذلک من شؤون الحاکم.

ولذا قال فی مناهج المتقین: (وهل للحاکم عند اقتضاء تکلیف المستودع الرد إلیه أن یمتنع من کل من القبول وتوکیل من یقبضها عنه أم لا، وجهان أقربهما العدم).

ثم الظاهر أنه إن فقد الحاکم أو وکیله تخیر بین حفظها بنفسه غیر ضامن

لها وبين إعطائها للثقه، كما أشرنا إلى مثل هذه المسأله فى بعض المباحث السابقه، فإن قوله (عليه السلام): «إن كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس»((۱)) يعطى ذلك، فلا خصوصيه للثقه، وعدول المؤمنين فى المقام بمعنى لزوم مغايرتها لنفس المستودع.

ثم لو عين الحاكم ثقه ليدفعها إليه وكان المستودع يرى عدم وثاقه ذلك وأن الحاكم لا يعلم بما يعلم هو به، لم يجز له دفعها إليه.

وهل له دفعها إلى الحاكم مع علمه بأنه يدفعها إلى من ليس بثقه عند المستودع، لا يبعد ذلك بعد جعل الشارع له قائماً مقام المالك، أما ما ذا يفعل الحاكم فليس من تكليف المستودع، اللهم إلّا أن يقال إن أدله الحاكم منصرفه عن مثل ذلك، فهو مثل أن يوكل الحاكم فى طلاق زوجته وهو يعلم أن الحاكم يشتبه فيطلقها بدون الشهود أو بدون عدالتهم أو فى حال الحيض أو ما أشبه ذلك.

والحاصل أن الحاكم طريق، وهو لا يقف أمام العلم، وهذا إلى الصناعه أقرب.

ثم لو لم يكن الحاكم مبسوط اليد هل يجوز إيداعها للجائر، الظاهر جوازه إذا اضطر وكان الجائر يحفظها كما فى حكومات بلاد الإسلام اليوم، بشرط عدم وجود الثقه الحافظ لها، وقد ذكرنا فى كتابى التقليد والقضاء جواز مراجعه الجائرين مع الاضطرار، ولو كان الاضطرار بمعنى أنه يريد تحصيل ماله أو ما أشبه مما ليس من مثل الاضطرار إلى شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

وعلى أى حال، فقد تبين مما تقدم وجه ما ذكره الشرائع بقوله: (لو قدر على الحاكم فدفعها إلى الثقه ضمن)، لما عرفت من الترتيب بين الحاكم وبين

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۲۷۰ الباب ۱۶ من أبواب عقد البيع وشروطه ح۲

الثقه، فلاـ يجوز تقـديم الثقه على الحاكم، نعم إذا لم يقبل الحاكم الوديعه إما لعـدم بسط يـده أو لعـدم رؤيه وجوب ذلك عليه اجتهاداً مثلاً، جاز إعطاؤها للثقه، وكذلك فى سائر الموارد الشبيهه بهذه المسأله.

أما قول الشـرائع بعـد ذلك: (إذا أراد السـفر فـدفنها ضـمن إلاّ أن يخشـى المعاجله) ففى إطلاقه نظر وإن تبعه القواعـد والإرشاد وغيرهما، إذ الدفن قد يكون أولى من التسليم إلى الحاكم أو فى عرضه، فلا وجه لإطلاق الضمان.

ولذا أشـكل عليه الجواهر بأن فى ما ذكره نظر، لضـروره ابتناء ذلك على ما سمعته من وجوب الرد على الترتيب المزبور، والدفن مناف له والإعلام ليس رداً ولا إيـداعاً، إذ فيه ما عرفت من عـدم الـدليل على إيـداع العدل بخصوصه، بل هو أحد أفراد الحفظ، كما أنه لو خشـى عليها من معاجله السارق والظالم لم يضـمن حينئـذ بالـدفن المراعى مقـدار ما يتمكن منه من الحرزيه والإعلام ونحوهما، لانحصار طريق حفظها حينئذ بذلك.

ثم إنه لاـ يلزم أن يكون الخوف من الظـالم والسـارق ونحوهمـا، بـل إذا خاف من نفسه حيث يجـد نفسه شـبقاً بحيث يمكن أن يجامع الحيوان المودع عنـده، أو خاف من ولده أو نحوه بمثل هذا الخوف، وجب عليه التخلص منها بالرد إلى المالك أو وكيله أو وليه أو وصـيه، ومع عـدم الإمكـان بإعطائهـا إلى الحـاكم، ومثله حـال سائر المخاوف كاسـتعماله وأكله وقتله وما أشـبه ذلك لوحده الملاك فى الجميع.

ومما تقـدم ظهر وجه النظر فى قول مناهج المتقين حيث قال: (إذا أراد المسـتودع المسافره وترك ردها إلى المالك أو من يقوم مقامه ولا إلى الحاكم ولا الثقه بل دفنها مع إمكان شيء من أفراد الرد المذكوره ضمنها، سواء تعذر عليه بعض

أفراد الرد مع إمكـان الباقى أولم يتعـذر شـىء منها، وسواء دفنها فى حرز أم غيره، أعلم الثقه أو الفاسق بـذلك أولم يعلم أحـداً، وسواء كان الثقه الـذى أخبره فى منزل الدفن أو خارجاً عنه، وسواء كان مضـطراً إلى السـفر أم لا، وسواء كان الدفن مغيراً لها أم لا).

كما أنه إذا أراد الـدفن فى موضع لزم أن يكون حرزاً عرفياً، ولا يلزم الأحفظ فالأحفظ، لأنه لا دليل عليه بعد العرفيه فى أنه ليس من الخيانه ومن حفظ الأمانه، فقول مناهـج المتقين: (نعم لو تعـذر إيصالها إلى من ذكر إما خوفاً من التلف أو لمعالجه رفقه على وجه لا يمكنه التأخير إلى الإيصال جاز له الدفن فى حرز مراعياً الأحفظ من الأمكنه) غير ظاهر الوجه.

ولا ـ يخفى أنه لا ـ خصوصـيه للـدفن، بل الجعل فى مكان أمين ولو بالإلقاء فى بالوعه أو نهر أو بئر أو حوض أو نحوها، وفى مثل الطير والسـباع والأسـماك ونحوهـا بإطلاقهـا فى الغـابه والهواء والمـاء فيما إذا تيقن بإمكان إرجاعها لانسـهابه، كما فى الـدلفين بالنسبه إلى الحيوانات البحريه، والطيور والسباع المألوفه بالنسبه إلى معلّمها، إلى غير ذلك.

مسأله ۷: لو أعاد الوديعه بعد التفريط

(مسأله ۷): قال فی الشرائع: لو أعاد الودیعه بعد التفریط إلی الحرز لم یبرأ، ولو جدد المالک له الاستئمان برئ، وفی القواعد: ولا تعود أمانته لو ترک الخیانه، وفی مفتاح الکرامه: کما صرح به جماعه، وهو قضیه کلام الآخرین، وقد یقال إن إجماع التذکره یتناوله.

ثم قال العلامه: فلو رد الودیعه إلی الحرز لم یزل الضمان ما لم یجدد الاستئمان.

وفی مفتاح الکرامه فی عدم عود الأمانه لم یحک الخلاف إلا عن أبی حنیفه، قال: لأنه مأمور بالحفظ فی جمیع الأوقات، فإذا خالف فی جهه منها ثم رجع وعاد إلی الحفظ کان ممسکاً علی الوجه المأمور به، أی کان ماسکاً بأمر صاحبها، وینقض علیه بما إذا جحدها ثم أقر بها، وبما إذا رد السارق السرقه إلی موضعها، وبالحکم المذکور هنا صرح فی المبسوط والخلاف وغیرهما.

أقول: حاصل دلیل المشهور الحل بأنه خرج عن الأمانه فعودها بحاجه إلی الدلیل، والنقض بالسارق ونحوه، وفی کلا الدلیلین نظر:

أما الأول فلأن الحکم تابع لموضوعه، فإن التفریط والتعدی یوجب الخیانه ما داما باقیین، أما مع فقدهما فیقال إنه قد خان سابقاً لا إنه الآن خائن، إلّا إذا قیل بأن المشتق حقیقه فیما انقضی عنه المبدأ، وهو خلاف رأی المحققین.

وأما الثانی ففیه:

أولاً: إن کل مقام دل الدلیل علی بقاء الحکم السابق نقول به، وإلا فمقتضی القاعده ما عرفت.

وثانیاً: من أین یقال بضمان السارق والجاحد إذا رد وأقر، وإن قیل للاستصحاب یقال بعد تبدل الموضوع لا استصحاب.

ومنه ظهر وجه النظر فی دلیل الجواهر الذی استدل له بأنه للأصل وغیره.

وقد صرح فی المسالک بأن الحکم للاستصحاب إلی أن یحصل من المالک

ما يقتضى زواله، ثم قال: (ويتحقق الزوال بأمور، منها: أن يرده عليه ثم يجدد له الوديعه، وهذا لا شبهه فيه لأنه وديعه مستأنفه رتب عليها حكمها الذى من جملته كون الودعى أميناً، ومنها: أن يجدده له من غير أن يدفعها إليه، بأن يقول: أذنت لک فى حفظها، أو أودعتکها، أو استئمنتک عليها، ونحو ذلک، ومنها: أن يبرأه من الضمان، وقد جزم ببراءته المصنف، والوجه فيه أن الضمان كان لحق المالک وقد أسقطه بالبراءه).

وما ذكره تام، وإن أشكل عليه الجواهر حيث قال: (أما لو قال أذنت لک فى حفظها أو نحوه، فالأقوى عدم البراءه من الضمان للأصل وعدم صيرورته وديعه جديده بذلک، إذ هو بالتفريط السابق لم ينفسخ عقد أمانته ولم يرتفع الإذن له فى حفظها، وإنما صارت به وديعه مضمونه).

إذ فيه: إن العقد السابق لا يحتاج إلى الفسخ، بل يمكن إضافه عقد آخر عليه، ولا مانع من جمع العقدين مطلقاً لأنه اعتبار، وتعدد الاعتبار فى مورد واحد ممكن إذا كان لكل أثر، كما فى الواجبين فيما إذا نذر الحج الواجب عليه، أو الصوم الواجب عليه، أو الصلاه الواجبه، وكذلک جمع المحرمين كما إذا نذر ترک شرب الخمر، إلى غير ذلک.

وهكذا حال ما إذا لم يجدد عقداً بل قال: إن حاله قبل الخيانه باقيه، حيث معناه البقاء على الكيفيه السابقه.

كما أن إشكال الجواهر على قول الشرائع: وكذا لو أبرأه من الضمان، غير ظاهر الوجه، قال مستشكلاً عليه: (لكن فيه إشكال بعدم دليل صالح لقطع أصاله الضمان، ضروره عدم ثبوت مال فى الذمه يكون مورداً للإبراء، فإن المراد من الضمان إشغال ذمته لو تلفت بالمثل أو القيمه، فهو كما لو قال للغاصب أبرأتک من ضمان المال المغصوب فى يدک ونحوه، مما هو إبراء عما لم يجب بعد، ودعوى

کون المراد من الإبراء إسقاط الحق الذی هو تأهل الذمه إلی الاشتغال عل تقدیر التلف، یدفعها منع سقوطه بذلک للأصل ولظاهر ما دل علی سببیه الضمان الشامل لصوره الإسقاط السالم عن معارضه ما یقتضی صحه هذا الإسقاط علی وجه یترتب علیه السقوط لمثل ما نحن فیه المحتمل کونه کحق التحجیر ونحوه).

إذ یرد علیه أن الحق کالملک للمالک، له کل تصرف فیه سوی ما منعه الشارع، وأی دلیل علی منع الشارع فی المقام، کما أنه أی دلیل علی أنه إذا قال للغاصب: أنت بریء، أنه لا یبرأ، وکونه قبل تعلق الحق الفعلی غیر ضار بعد وجود الحق الشأنی، کبراءه الطبیب من التطبیب أو مصالحه الزوجه حقها لزوجه أخری أو للزوج وبالعکس إلی غیر ذلک، وکذلک حال کل حق حتی التحجیر لأنه اعتبار عرفی لم یغیره الشارع، ولذا کان المشهور مع الشرائع فی الفتوی بذلک.

وقال فی مفتاح الکرامه عند قول العلامه: لم یزل الضمان ما لم یجدد الاستئمان ویتحقق بأن یجدد له من غیر أن یدفعها إلیه، بأن یقول له أذنت لک فی حفظها أو أودعتک إیاها أو استأمنتک علیها ونحو ذلک: کما فی المبسوط والغنیه والسرائر والشرائع والتذکره والتحریر وجامع المقاصد، لأن الضمان إنما کان لحق المالک وقد رضی بسقوطه بإحداثه ما یقتضی الأمانه.

ویمکن بناء ذلک علی أن الغاصب إذا استودع هل یزول عنه الضمان أم لا، وقد تقدم لنا فی باب الرهن أن زوال الضمان فی إیداع الغاصب مختار جماعه کثیرین بل استظهارنا أنه لیس محل خلاف، وفی الوسیله فیما نحن فیه أنه لا یزول إلا بالرد وهو شاذ علی الظاهر.

ثم قال السید العاملی: ویتحقق الاستئمان أیضاً بالبراءه من الضمان بأن یبرأه من الضمان کأن یقول له: أبرأتک من ضمانها ونحو ذلک، کما فی التذکره وجامع

المقاصـد، ومـا يـأتی فی الکتـاب فی فصـل الأحکـام فإنه يبرأ من الضـمان بـذلک، کما فی المبسوط والخلاف والغنيه والسـرائر والشرائع والتحرير والتبصره، وهما متلازمان لأن الضمان کان لحق المالک وقد أسقطه، کما لو حفر بئراً فی ملک غيره عدواناً ثم أبرأه المالک من ضمان الحفر، لکن فی ديات التحرير تأمل فی هذا التنظير.

ثم إنه لا إشـکال فی البراءه من الضـمان أيضاً فيما لو مات المودع وورثه المستودع، أو أخذه تقاصاً أو صار حربياً أو ما أشبه مما تقدم الکلام فيه.

لو أکره علی دفعها لغير المالک

ثم قال الشـرائع: (ولو أکره علی دفعها إلی غير المالک دفعها ولا ضمان)، وفی الجواهر: وفاقاً للمشهور نقلًا إن لم يکن تحصيلًا، لضعف المباشره وقوه السبب، ولأصاله البراءه وللضرر بترک التسليم فيباح له شرعاً، ويکون مندرجاً فی نبوی الرفع المقتضی رفع الحکم وضعاً وتکليفاً إلا ما خرج.

ومقتضی القاعده أن الحکم کذلک لو کان مضطراً إلی الدفع، إلی غير المالک.

لا يقال: يأتی بعض الأدله فی الـدفع إلی غير المالک فی حال النسـيان مثل دليل الرفع، بالإضافه إلی أصل البراءه، وکـذلک فيما إذا دفعه إليه سـکراناً أو نحوه، فإن عـدم وجود دليل قوه السـبب و«لا ضـرر» فی المقام لا يضـر بعـد وجود الـدليلين الآخرين، مع وضوح أن الدفع نسياناً ونحوه لا يوجب البراءه.

لأنه يقال: دليل «من أتلف» محکم، فلا مجال للأصل الـذی هو أصـيل حيث لا دليل، ورفع النسـيان للضـمان غير ظاهر من دليله، وإلا فلو أکل مال الغير نسياناً هل يقال بأنه ليس بضامن.

ثم إن أبا الصلاح أوجب الضمان فی الإکراه لکونه متلفاً وقد باشر الدفع

بنفسه فيشمله عموم «من أتلف» وما أشبه، وإن كان له الرجوع على المكره باعتبار قوته فقرار الضمان عليه.

وأشكل عليه الجواهر بأنه قد يشك فى تناول الأدله لمثل الفرض الذى هو فيه من المحسنين الذين لم يجعل الله عليهم سبيلاً، فضلاً عن الضرر البين حال عدم التسلط على المكره، وإشكاله عليه وجيه لما عرفت من الأدله.

ولا فرق بين أن يكون الإكراه بأخذ المكره المال، أو يكون الإكراه لأخذ غيره، كما لو أكره السلطان المستودع بأن يعطيه لزيد، ويأتى الكلام السابق فيما إذا أكره المكره المستودع بأن يتصرف فى ذلك بالإفناء مثلاً، أو مجرد التصرف كما إذا جبره على أكل الطعام المودع عنده أو ركوب الدابه أو نحو ذلك لعدم الفرق فى المناط المذكور.

أما لو زعم المستودع الإكراه ولم يكن إكراه واقعاً على ما مثلناه فى كتاب الطلاق وغيره، فلا إشكال فى الضمان، لأن الوهم لا يغير الواقع.

ولو كان إكراه واقعاً لكنه لم يعلم بالإكراه بل دفعه إلى غير المالك من دافع نفسه فهو ضامن، لأن الإكراه يجب أن يكون مربوطاً بالعمل، فإذا كان بينهما فصل لم يرفع الحكم.

ثم لو فرط فى الوديعه ثم أكرهه المكره هل يضمن، الظاهر نعم، لأنه لا دليل على أن الإكراه يرفع الضمان السابق، فهو كما إذا زنت طائعه ثم لما أرادت الانصراف فى وسط المباشره أكرهها الزانى على البقاء حيث لا يرفع الإكراه الحد.

ولو انعكس بأن أكرهه المكره ثم فرط قبل إيصاله إلى من عينه المكره، كما إذا أكرهه على دفع الشاه إلى غير المالك فجعل الشاه ليلاً فى الهواء البارده مما يكون تفريطاً فى حقها، ثم سلمها غداً إلى غير المالك، فالظاهر عدم

الضمان للدليل فى الفرع المتقدم، فتأمل.

ولو أكره المستودع لكنه فرط بما أوجب موت الشاه فى المثال السابق، فالظاهر الضمان، لأن الموت مستند إلى التفريط أو التعدى مثلاً ـ لا إلى الإكراه، فهو كما إذا أكرهها على الزنا لكنها زنت طائعه لا بإكراهه حتى لو لم يكن الإكراه كانت زنت، فإن الحد ثابت لعدم استناد الزنا إلى الإكراه، فتأمل.

ومنه يعلم الحال فى الاضطرار، لوحده الملاك فى المقامين، كما أنه لو اضطرت وأكرهت معاً ففعلت لأحدهما لم يكن حد، لأن الاستناد إلى أيهما يرفع الحد، وكذلك إذا استندت إلى كليهما معاً بحيث لو كان أحدهما لم يوجب.

ومنه يعلم الحال فيما إذا كان العطب فى الوديعه مستنداً إلى التعدى والتفريط معاً، مثلاً كان تركها فى الهواء البارده ليلاً، ثم ركبها مسافه طويله فى النهار، بما أوجبا معاً هلاكها، لكن فى المقام يكون الضمان بأول الأمرين، نعم إذا تصورنا تقارنهما يكونان سبباً واحداً لانكسار السببين المتواردين اعتباراً كانكسارهما تكويناً، كما ذكرنا ذلك فى الأصول وكتاب البيع مفصلاً.

ص:١٤٢

مسأله ۸: لو أنكر الوديعه

(مسأله ۸): قال فی الشرائع: (إذا أنكر الوديعه أو اعترف وادعی التلف أو ادعی الرد ولا بينه فالقول قوله)، وفی الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال فی الأول، لعموم «البينه على المدعی واليمين على من أنكر»، وعلى المشهور فی الثانی شهره عظيمه كادت تكون إجماعاً، سواء أسنده إلى سبب أو لا، وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق، أو خفياً كالسرقه ونحوها، بل فی التذكره نسبته إلى علمائنا، بل لم يحك الخلاف فيه إلّا من الشيخ فی المبسوط فلم يقبل قوله إلّا بالبينه فی التلف بأمر ظاهر لعموم البينه، لكن رماه بعضهم بالشذوذ، والعموم المزبور يجب تخصيصه بالإجماع الظاهر أو المحقق المحكی أو المحصل).

وكذا بالنسبه إلى ادعاء الرد لأن الأمين مؤتمن وليس عليه إلّا اليمين، كما دل على ذلك النص والفتوى مثل روايه الحلبی، عن أبی عبد الله (عليه السلام) قال: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان» كذا رواه الكلينی((۱)).

وفی روايه الصدوق مثله، وزاد فی آخره: «وقال فی رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرقه، قال: هو مؤتمن»((۲)).

وفی روايه أخرى للكلينی، قال فی حديث آخر: «إذا كان مسلماً عدلاً فليس عليه ضمان»((۳))، بعد وضوح عدم لزوم الاشتراط، وإنما الاشتراط من باب مزيد الاطمئنان.

وعن أبان بن عثمان، عمن حدثه، عن أبی جعفر (عليه السلام) فی حديث قال: وسألته عن الذی يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان، فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»((۴)).

لوجود ملاكه فی المقام.

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۷ الباب ۴ من الوديعه ح۱

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۷ الباب ۴ من الوديعه ح۲

۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۷ الباب ۴ من الوديعه ح۳

۴- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۷ الباب ۴ من الوديعه ح۴

وعن الصـدوق، قـال: روی أن رجلاً ـ قـال للصادق (علیه السـلام): «إنی ائتمنت رجلًا علی مال أودعته عنـده فخاننی وأنکر مالی، فقال: «لم یخنک الأمین، ولکن ائتمنت أنت الخائن»((۱)).

بناءً علی أن المراد من هـذا وشـبهه بیان الحکم الشـرعی بعدم خیانه کل أمین لک، وأنه متی ائتمنت کان غیر خائن لک شـرعاً، ولکن إذا خونته فاللوم علیک حیث إنک ائتمنت الخائن بزعمک.

وعن المقنع قال: سئل الصادق (علیه السلام) عن المودع إذا کان غیر ثقه هل یقبل قوله، قال: «نعم ولا یمین علیه»((۲)).

قال: وروی أنه قال (علیه السلام): «لم یخنک الأمین، ولکن ائتمنت الخائن»((۳)).

وعن مسعده بن صدقه، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «لیس لک أن تأتمن من خانک ولا تتهم من ائتمنت»((۴)).

وعن مسـعده بن زیاد، عن جعفر بن محمد (علیه السـلام)، عن أبیه (علیه السـلام)، أن رسول الله (صلی الله علیه وآله) قال: «لیس لک أن تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته»((۵)).

إلی غیرها من الروایات الوارده فی باب الإجاره والعاریه والمضاربه وغیرها، بعد وحده الملاک فی الجمیع.

بل عن أبی علی وأبی الصلاح: إنه لا یمین علیه إلا مع التهمه للمرسل لا یمین علیه إذا کان ثقه غیر مرتاب.

وعن الصدوق والشیخ فی النهایه وابن حمزه: إنه لا یمین علیه مطلقاً.

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۷ الباب ۴ من الودیعه ح۵

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۷ الباب ۴ من الودیعه ح۶

۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۸ الباب ۴ من الودیعه ح۸

۴- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۹ الباب ۴ من الودیعه ح۹

۵- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۹ الباب ۴ من الودیعه ح۱۰

وعن الفقيه: قضى مشايخنا (رضى الله عنهم) على أن قول المودع مقبول فإنه مؤتمن ولا يمين عليه.

هل يحتاج المنكر إلى اليمين

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ولو أنكر الوديعه فالقول قوله مع اليمين): كما فى المبسوط وغيره.

وفى المسالك: إنه لا شبهه فيه، وفى مجمع البرهان: الظاهر أنه لا إشكال فيه، وعند قوله: (أو ادعى التلف وإن كان بسبب ظاهر) أن فى التذكره إذا ادعى التلف فالقول قوله مع اليمين عند علمائنا، سواء كان بسبب ظاهر أو خفى.

وفى مجمع البرهان: الظاهر أنه لا خلاف فيه، وفى المسالك والكفايه: إنه المشهور، وبكون القول قوله مع يمينه صرح فى الشرائع والتحرير والإرشاد والتبصره وغيرها، مضافاً إلى الفتاوى والإجماعات والشهره.

وقال السيد العاملى عند قول العلامه: (أو نقص القيمه): أى لو اختلفا فى القيمه بعد الاتفاق على التلف بالتفريط، فالقول قول المستودع بيمينه، كما فى السرائر وكشف الرموز والمختلف وإيضاح النافع، وفى الرياض: إنه أشهر بل لعل عليه عامه من تأخر، وفى الشرائع والنافع: إنه أشبه.

وحكاه فى المختلف عن التقى وابن حمزه، وقال عند قوله: (وعدم التفريط القول قوله مع اليمين): كما فى النهايه والغنيه والسرائر والنافع والتنقيح والكفايه.

وفى الرياض: إنه لا خلاف فيه إلّا من حيث لزوم اليمين.

ثم قال القواعد: (وفى الرد نظر) أى فى قبول قوله إذا قال رددته إلى المالك.

وفى مفتاح الكرامه: كما فى التذكره فى الباب والوكاله، والمختلف فى الوكاله، والإرشاد والكفايه حيث قال: (فيه إشكال) قال: لكن فى المبسوط والشرائع والنافع والتحرير وشرح الإرشاد لولده والإيضاح واللمعه وجامع المقاصد

وإيضاح النافع ومجمع البرهان وغيرها أنه يقبل قوله مع يمينه، وهو المشهور كما فى التنقيح والمسالك والروضه والكفايه، وقول الأكثر كما فى مجمع البرهان، وفى وكاله السرائر والمهذب البارع وكذا المسالك الإجماع عليه، وهو المحكى عن نهايه المرام للصيمرى.

وقال فى المهذب: إن استشكال العلامه نادر.

وفى الجواهر: (بل أرسلوه فى غير المقام إرسال المسلمات وهو الحجه مضافاً إلى كونه أميناً، وإلى غير ذلك ما سمعته فى دعوى التلف مما يمكن إجراؤه هنا، وهو كما ذكروه، فإشكال العلامه غير ظاهر الوجه).

ثم إن الجواهر قال: (نعم لا يقبل قوله فى ذلك فى الرد على الوارث لأنه لم يأتمنه)، لكن فيه نظر حيث إن ظاهر الأدله المتقدمه عدم الفرق وإنما يقبل قوله لأنه أمين، فأى فرق بين أن يكون الوارث أو غير الوارث.

ومنه يعلم حال الوالى فيما إذا تجنن ونحوه، والوارث فيما إذا ارتد، والحاكم إذا غاب غيبه منقطعه، إلى غير ذلك.

ثم إن الشرائع قال: وللمالك إحلافه على الأشبه.

أقول: إنا قد ذكرنا فى بعض مباحث الفقه أن اللازم على الحاكم التحقيق أولاً ثم طلب البينه واليمين، وذلك لأنه متعارف الحكام العرفيين، وقد قال الشارع: «جعلته عليكم حاكماً»(١)، ففى كل مورد لم يدل دليل من الشرع على تغيير الشارع

١- انظر الوسائل: ج٨ ص٩٩ الباب ١١ من أبواب كيفيه الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح١

للكيفيه العرفيه كانت هى المعيار كسائر الموضوعات، وقد دل الدليل على ذلك فى قضايا رسول الله (صلى الله عليه وآله) وعلى (عليه السلام) حيث كانا يحققان ويتوسلان لإظهار الواقع بالقرائن والأدله.

مثلاًـ لم يقل على (عليه السلام) لتلك الفتاه المتهمه للشاب بأنه أراد بها الفاحشه أن عليها البينه وإلا فعلى الشاب اليمين، بل كشف الأمر بسبب بياض البيض((١))، إلى غير ذلك مما ذكرنا جمله منه فى كتاب القضاء.

وحيث إن الشارع لم يجعل البينه على المستودع بضميمه قوله: «إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان»((٢)) يكون عليه اليمين مع الاتهام، سواء كان منكراً كما إذا ادعى المودع أنه تعدى على الوديعه بالركوب واللبس وما أشبه، أو كان المودع المنكر والمستودع المدعى، كما إذا قال المستودع إنه أكره من قبل الجائر بإلقائه فى البحر، أو افترسه الأسد أو غصبه الغاصب أو ما أشبه ذلك من ما يجعله مدعياً، وأنكر المودع ذلك.

وقد اختلفوا فى أن عليه اليمين مطلقاً، أو ليس عليه مطلقاً، أو يفصل، والروايات فى المقام على طائفتين، وإذا انضمت إليها الطائفه المطلقه فهى على ثلاث طوائف:

طائفه دلت على عدم اليمين عليه حتى فى غير الثقه، كما تقدم فى مرسل المقنع((٣))، وفى روايه الغرر عن على (عليه السلام) قال: «أدّ الأمانه إذا ائتمنت، ولاتتهم غيرك

١- الوسائل: ج١٨ ص٢٠٦ الباب ٢١ من أبواب كيفيه الحكم والدعوى ح١
٢- الوسائل: ج١٨ ص١٦٩ الباب ٢ من أبواب كيفيه الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح١
٣- الوسائل: ج١٣ ص٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح٧

إذا ائتمنته فإنه لا إيمان لمن لا أمانه له»((۱)).

وطائفه دلت على وجود اليمين عليه، مثل قوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أقضى بينكم بالأيمان والبينات»((۲)).

وطائفه دلت على التفصيل بين الثقه وغيره، فعلى الثانى (المتهم) البينه، كما فى مرسل الغنيه على ما فى مفتاح الكرامه قال: «وروى أنه لا يمين عليه إذا كان ثقه غير مرتاب».

وروايه الدعائم، عن جعفر بن محمد (عليه السلام) أنه قال: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان، والقول قول المودع إذا قال ذهبت الوديعه، وإن أتهم استحلف»((۳)).

وعن أبى جعفر (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل دفع إلى رجل وديعه فقال المودع: نعم قد استودعتنى إياها ولكن أمرتنى أن أدفعها إلى فلان، وأنكر المستودع أن يكون أمره بذلك، قال: «البينه على المستودع أن صاحب الوديعه أمره بدفعها، وعلى المستودع اليمين»((۴)).

وعنه (عليه السلام)، أنه قال فى رجل أودع رجلاً وديعه، فقال: إذا جاء فلان فادفعها إليه، فدفعها فيما ذكر، وأنكر الذى كان أمره بدفعها إليه أن يكون قبضها منه، قال: «القول قوله إنه دفعها مع يمينه إن اتهم، لأن صاحب الوديعه قد أقر بأنه أمره بدفعها»((۵)).

وعلى هذا فالجمع بين الأدله يقتضى وجود اليمين على المستودع مع الاتهام

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۷ الباب ۸ من کتاب الودیعه ح۷
۲- الوسائل: ج۱۸ ص۱۶۹ الباب ۲ من أبواب کیفیه الحکم والدعوی من کتاب القضاء ح۱
۳- المستدرک: ج۲ ص۵۰۷ الباب ۸ من کتاب الودیعه ح۱
۴- المستدرک: ج۲ ص۵۰۷ الباب ۸ من کتاب الودیعه ح۲
۵- المستدرک: ج۲ ص۵۰۷ الباب ۸ من کتاب الودیعه ح۳

دون غيره، ويؤيـده جمله من الروايـات المتفرقه فى الأبواب المختلفه، بالإضافه إلى ما عرفت من الأصل، فإن الخارج يحتاج إلى الـدليل لا الأصل، مثل قول الصادق (عليه الصـلاه والسـلام): «إذا ادعى المسـتعير إتلاف العاريه ولم يكن له عليه بينه وكان ممن يتهم لم يصدق ويضمن»، إلى غير ذلک.

ويؤيـد الاحتيـاج إلى اليمين فى الجمله: أن حكم الحـاكم فى الموضوعـات مع عـدم القطع من دون بينه ولا يمين غير معهود من الشـريعه، ومن الواضـح الفرق بين مقام الحجيه فى نفسـها وبين مقام فصل الخصومه، ولهذا نرى أن اليد حجه فى نفسـها لكنها لا تفصل الخصومه إلّا بعد اليمين.

ثم قـال الشـرائع ممزوجـاً مع الجواهر: (أمـا لو دفعها إلى غير المالک وادعى الإذن من المالک فى ذلک فأنكر المالک فلا ريب فى أن القول قول المالک مع يمينه، لعموم قوله: «البينه على المدعى واليمين على من أنكر» الذى هو المالک هنا لأنه هو الموافق للأصل).

أقول: ولاـ يـأتى هنـا أنه مؤتمن فليس عليه إلاّـ اليمين، لانصـراف الأـدله عنه، فإن قوله فى خبر مسـعده: «ليس لک أن تأتمن من خانک ولاتتهم من ائتمنت»، وفى خبر ابن زياد: «ليس لک أن تتهم من قـد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته»، وما أشـبه ذلک ظاهر فى كون الأمر دائراً مدار الخيانه والعدم، وهذا ليس من الخيانه فى شىء وإن كان ربما يسمى بالخيانه توسعاً.

ثم من ادعى المسـتودع الـدفع إليه على أربعه أقسـام، فإن كـذّبه فالقول قوله أيضاً، لأن الأصل عـدم الـدفع، فعلى المـدعى البينه وعليه اليمين، وإن صـدقه ردت العين إن كـانت باقيه، وإن كانت تالفه كان المالک بالخيار بين الرجوع على من شاء منهما، وإن سكت يعامل معه معامله الساكت فى طرف المدعى، وإن كان

وارثه وقد مات، أو وليه وقد جن، أو ما أشبه ذلك وادعى عدم العلم حلف على العدم، أو العلم حلف على القطع.

ثم قال الشرائع: (ولو صدقه على الإذن لم يضمن وإن ترك الإشهاد على الأشبه).

أقول: وهو كما ذكره، فإنه لو صدق المالك المستودع على إذنه فى دفعه إلى الغير أو ما أشبه الدفع مثل إلقائه فى البحر أو نحو ذلك، لكن المالك أنكر التسليم فهو كدعوى الرد، مقتضى القاعده فيه أنه ليس على الأمين إلّا اليمين، فهو حينئذ كالوكيل، ودعوى الرد على الموكل على ما عرفته فى كتاب الوكاله.

أما لو صدقه على التسليم أيضاً لمن أذن له لم يضمن المستودع بإنكار المأذون له، وإن كان المستودع ترك الإشهاد، خلافاً لمن قال بالضمان حيث اختلف الأصحاب فى أن من أمر غيره بدفع الوديعه إلى غير المالك أو بقضاء دينه ففعل ولم يشهد فأنكر المدفوع إليه هل يضمن الدافع أم لا؟

قيل: يضمن فيهما لأن إطلاق الإذن يقتضى دفعاً ثابتاً يمكن الرجوع إليه عند الحاجه، فإذا ترك الإشهاد فقد قصر خصوصاً فى الدين، إذ الغرض منه براءه الذمه ولا يظهر ذلك إلّا بالإشهاد، لأن الغريم إذا أنكر فالقول قوله.

وقيل: لا يجب الإشهاد فيهما ولا ضمان بتركه، لأن المأمور به هو الدفع وقد امتثله، والمتوقف عليه أمر آخر لا يدل عليه إطلاق الأمر وإنما هو مطلوب من الأمر، وعدم الإشهاد كما عرفت من الشرائع هو الأشبه بأصول المذهب وقواعده حيث إن الأمر لا يدل عليه إلّا إذا كان هناك انصراف عرفى، فإنه إذا لم يشهد لم يكن إذن، ولهذا كان الضمان على ما تقدم.

وعلى أى حال، فمن يرى الإشهاد يراه من باب المصداق لا الخصوصيه،

فمثله أيضاً كتابه المدفوع إليه أو سائر القرائن الداله على الدفع.

ثم لا ـ فرق بين كون دفع الوديع حراماً أو حلالاً ـ كما إذا قال المودع ادفعه لمن قامر معه، فغلبه من باب استحقاق طرفه له استحقاقاً بالقمار، أو قول ادفعه إلى الفاجره إلى غير ذلك، وهكذا لو أمره بصرفه فى السرف أو إلقائه فى البحر اعتباطاً، إذ بعد الأمر والإذن لا يكون التلف بدون الإذن الذى هو معيار الضمان، لانصراف دليل اليد ومن أتلف إليه.

ثم لو اختلفت الورثه أو المودعان فى التصديق والتكذيب أو ما أشبه ذلك كان لكل حكمه، والعلم الإجمالى بعدم مطابقه أحدهما للواقع لفرض الوحده لا يضر بعد عدم أثر عملى له.

ص:١٥١

مسأله ۹: إذا أنكر قام المالک البينه

(مسأله ۹): قال فى الشرائع: (إذا أقام المالك البينه على الوديعه بعد الإنكار، فصدقها ثم ادعى التلف قبل الإنكار لم تسمع دعواه، لاشتغال ذمته بالضمان، ولو قيل تسمع دعواه وتقبل بينته كان حسناً).

أقول: قد تقدم أنه إذا أنكر الودعى الوديعه يقبل قوله وليس عليه إلّا اليمين لأنه منكر، فمدعى الوديعه بحاجه إلى الإثبات من البينه ونحوها، فإذا ادعى المالك الوديعه وأنكر الودعى ثم أقام المالك البينه فصدقها الودعى لكنه ادعى التلف قبل إنكاره، فقد ذهب غير واحد إلى أنه لا تسمع دعوى الودعى بالتلف لأن دعواه منافيه لإنكاره الأول الذى هو بمنزله الإقرار بالنسبه إلى ذلك فى حقه، فيناقض حينئذ كلاماه ولا يتوجه له يمين ولا يفيده إقامه البينه بعد أن كذبها بإنكاره الأول.

لكن مقتضى القاعده هو القبول كما ذكره الشرائع، لعموم قوله: «البينه على المدعى واليمين على من أنكر»، وإطلاقه شامل للمقام أيضاً، ولأنه يجوز استناد إنكاره إلى نسيان ونحوه، وقد اختاره العلامه فى التذكره.

وفى المسالک نقل عن المختلف منع قبول بينته وسماع دعواه بمعنى قبول قوله بيمينه، قال: (إن له إحلاف الغريم وهو نوع من سماع دعواه، وفى القواعد منعهما معاً فصار للعلامه فى المسأله ثلاثه أقوال، وفيها قول رابع وهو أنه إن أظهر بإنكاره تأويلاً كقوله ليس لک عندى وديعه يلزمنى ردها أو ضمانها ونحو ذلک، قُبلت وسمعت بينته، وإن لم يظهر لها تأويلاً لم تقبل، واختاره الشهيد وهو حسن).

لكن قال العلامه فى القواعد: وإن أقيمت عليه البينه فادعى الرد أو التلف من قبل، فإن كان صيغه جحوده إنكار أصل الوديعه لم يقبل قوله بغير بينه ولا معها على الأقوى لتناقض كلاميه، وإن كان صيغه الجحود: لا يلزمنى شىء، قبل قوله فى

الرد والتلف مع البينه وبدونها فى الأخير وفى الأول على رأى، ولو أقرّ بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضـمان، وفى سماع بينته بذلك إشكال، نعم تقبل لو شهدت بالإقرار.

وتبعه المسالك قائلًا: (هـذا كله إذا كان الجحود بإنكار أصل الإيـداع، أما لو كانت صورته لا يلزمنى شـىء أو لا يلزمنى تسـليم شىء إليك أو ما لك عندى وديعه أو ليس لك عندى شـىء، فقامت البينه بها فادعى التلف أو الرد، سـمعت دعواه وبينته، لعدم التناقض بين كلاميه).

وهو كما ذكراه، لأنه ليس من التناقض فى شىء، بل قد عرفت أن مقتضى القاعده ما ذكره المحقق وتبعه غيره.

ثم إنه لو أقر بأن لـديه وديعه ثم أنكر، لم يسـتبعد توجه اليمين عليه أيضاً إذا أبـدى عـذراً فى إقراره، فإنه لو لم يسـمع يمينه يلزم تخسـيره فى كثير من الأحيـان حيث يقول إن إقراره كان لأجل أمر كما ذكروا مثل ذلك فيما إذا أثبت قبضه المال فى الورقه ثم أنكر بحجه، مثل أنه إنما كتب لتعارف ذلك قبل القبض ثم لم يدفع له المديون المال، لكن الغالب أن الفقهاء لا يقبلون الإنكار بعد الإقرار بحجه إقرارالعقلاء وإن كان المشرف على سير المرافعات يرى كثره مثل ذلك فيها.

ويؤيده أن الزهراء (عليها الصلاه والسلام) ادعت مره أن فدك إرث ومره أنها نحله((١)) ولم يكن لطرفها أن يقول إن الكلامين تناقض، فتأمل.

ثم إنه ليس من الإنكـار بعـد الإـقرار إذا اختلف المتعلق، كمـا إذا قـال المالـك: أودعت عنـدك مائه دينار، فقال: لا، ثم اعترف بوديعه خمسين، بل وعكسه أيضاً

١- البحار: ج٨ من الطبعه القديمه ص٨٩ الباب ١٠ من كتاب الفتن والمحن

كذلك، فإن العموم المطلق يجعل الأمرين غير متناقضين، وكذلك حال ما إذا كان بينهما من وجه، أما إذا كان بينهما تباين كما اذا ادعى وديعه شاه فأنكر، ثم أقر بودعيه معز فالأمر أوضح.

ثم إن المسالك قال: (وحيث قلنا بقبول بينته إن شهدت بتلفها قبل الجحود برئ من الضمان، وإن شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ومنع المالك عنها).

وفيه: إن الجحود مطلقاً ليس من الخيانه إذا أظهر له وجهاً محتملاً بالنسيان ونحوه.

مسأله ١٠ : إذا عين له حرزًا وجبت المبادره إليه

(مسأله ١٠): قال فی الشرائع: (إذا عين له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادره إليه بما جرت العاده، فإن أخر مع التمكن ضمن)، وفی الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال للتعدی بالوضع فی غير ما عينه له المالک)، ثم قال: (بل الأقوی بقاؤه علی الضمان وإن وضعه بعد ذلک فی الحرز مع احتمال عدمه حينئذ).

أقول: أما بالنسبه إلی فرعه الأول فلأنه بدون المبادره المتعارفه يكون خائناً عرفاً فيشمله أدله الخيانه، وأما بالنسبه إلی فرعه الثانی فقد عرفت أن رد الوديعه إلی الحرز يوجب عدم الضمان، أما مسأله التسليم إلی الزوجه والخادم ونحوهما فإن كان يری العرف أنه من الخيانه فهو وإلا فلا، خصوصاً بعد تعارف مثل ذلک.

وكأن الجواهر أشار إليه بقوله: (اللهم إلّا أن يكون هناک قرائن حاليه أو مقاليه تدل علی ذلک).

ومنه يعرف الحال بالنسبه إلی المسائل المشابهه، مثل عدم السرعه فی علف الدابه وسقيها، أو تحصين المتاع، أو إخفاء ما فی معرض التلف إذا كان ظاهراً، إلی غير ذلک لوحده الملاک فی الجميع.

ثم إن وجوب المبادره علی ما ذكرناه هو المشهور بينهم، وقد حكی عن التحرير والتذكره والإرشاد والمسالک ومجمع البرهان وغيرهم.

أما ما يستفاد من كلام المبسوط وغيره ممن قيد بالإمكان من أنه لا يجوز تأخيراً لاستكمال وطره وحاجته من بيع أو شراء أو تدريس أو أكل أو حمام مما ليس ضرورياً، فقد عرفت فی السابق التفصيل فيه.

كما أن المبادره الواجبه هی العرفيه فلا يلزم الركض والعدو ونحوهما إلّا إذا كان فی معرض التلف حيث يری العرف أن التأخير بالمشی العادی أوجب استيلاء الظالم أو الحيوان عليه فحينئذ يجب.

ص:١٥٥

مسأله ۱۱ : إذا اعترف بالوديعه ثم مات

(مسأله ۱۱): قال فى الشرائع: (إذا اعترف بالوديعه ثم مات وجهلت عينها، قيل تخرج من أصل التركه، ولو كان له غرماء وضاقت التركه حاصهم المستودع، وفيه تردد).

أقول: الظاهر التفصيل فى المسأله بين تعارف إبقاء الوديعه وبين عدم تعارفها، وإنما الذى ذكروه يأتى فى الأول دون الثانى، فالوديعه كسائر الحقوق والأحكام جرت سيره المسلمين على عدم الاعتناء ببقائها بعد مده طويله من الزمن، وهى تقف أمام الاستصحاب، سواء فى نفس الإنسان حيث يشك بعد مده، أو ورثته أو وصيه أو نحوهما.

فإن كل وارث على الأغلب يعرف أن مورثه استدان من البقال والعطار وغيرهما فى قبال البضاعه المشتراه منهم، واستدان النقود من الدائن وقت حاجته، وأودع الناس عنده شيئاً، وفاتت منه صلاه وصيام، وتعلقت به نفقه زوجته ونحو ذلك، ومع ذلك لا يعتنون إلاّ بالمقدار المعلوم، حتى أن مثل ذلك أيضاً سيره نفس الإنسان فى عدم الاعتناء بما فعله قبل ثلاثين سنه مثلاً، ولا يمكن التمسك بالاستصحاب لها أو لغيرها من الوجوه، نعم فى غير ما جرت السيره يحكم بالاستصحاب.

وقد استدل المشهور على ما ذهبوا إليه مما عنونه الشرائع بأن اعترافه بالوديعه فى حياته أوجب ثبوت يده عليها والتزامه بها إلى أن يردها إلى مالكها، فإذا لم نعلم أنه ردها إلى مالكها كان ضامناً لها، لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، فاللازم على الوارث إرجاع الوديعه إلى صاحبها.

قالوا: ولأنه بترك تعيينها مفرط فيها فيضمن، ولاستصحاب بقائها فى يده إلى الموت، وبعده تكون فى جمله التركه، فإذا تعذر الوصول إلى عينها لعدم معرفتها وجب البدل، فيكون بمنزله الدين فيحاص الغرماء، وإذا كان مردداً بين

شيئين أو ثلاثه أشياء مثلاً، فلا تنتشر فى كل التركه، وإنما يكون من المشترك بينهم وبين المودع.

أما ما ذكره الشرائع من التردد، ففى المسالك يحتمل أمرين:

(أحدهما: أن يكون فى أصل الضمان، فإن اعترافه بها فى حياته إنما يقتضى وجوب الحفظ، وإلا فذمته بريئه من ضمانها، فإذا مات ولم يعلم احتمل تلفها قبل الموت بغير تفريط أو ردها إلى المالك، والأصل براءه ذمته من الضمان، وكون التلف على خلاف الأصل معارض بهذا الأصل، وليسا متنافيين حتى يتساقطا، إذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمه.

والثانى: أن يكون التردد فى كيفيه الضمان، فإن أصاله بقائها اقتضى كونها فى جمله التركه، غايتها أن عينها مجهوله فيكون مالكها بمنزله الشريك، وكون الشركه قهريه لا يقدح فى الحكم كمن امتزج ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات أحدهما، فإن الشركه تتحقق ويقدم الشريك بالحصه على غيره من الغرماء، والانتقال إلى البدل إذا تعذرت العين إنما يكون مع العلم بوجودها فى جمله المال، وإلا منعنا البدل وأصاله البقاء قد أوجبت ذلك).

أقول: الظاهر أنه لا إشكال فى وجوب الرد مع معرفه العين، واحتمال أنه اشتراها أو وهبت له أو غير ذلك من الناقلات الاختياريه أو القهريه خلاف الاستصحاب، وكذلك حال ما إذا ترددت بين أعيان، وتأتى مسأله الشركه هنا ومقتضى القاعده إجراء قاعده العدل، أما إذا لم يعرف العين لم يستبعد الاستصحاب المقتضى لضمان البدل، ولو لم يعرف القدر فالتصالح، وإن أبى أحد الطرفين صالح بينهما الحاكم قهراً على ما ذكرناه فى كتاب الصلح.

ومنه يعرف النظر فى قول الجواهر من (عدم صلاحيه ما ذكروه لإثبات الضمان

الذی مقتضـی أصل البراءه بلا واسطه عدمه، و«علی الید» مخصوص بالأمانه المستصحب حکم عدم الضمان فیها، بل هو مقتضی إطلاق الـدلیل... ولم یثبت تقصـیره بعدم الإشـهاد خصوصاً مع ملاحظه حال المسـلم المحمول علی الوجه الصـحیح فعلًا وترکاً) ((۱)).

إذ البراءه محکمه بالاستصحاب، ولا حاجه إلی الضمان بعد أن الاستصحاب یقتضی بقاء المال فی الترکه، وعدم تعارف الإشهاد یوجب الشک فی أصل وجوبه، کیف ولو کان واجباً لتعارف مثل تعارف الصـلاه والصـیام ونحوهما، مع أن المراجعه إلی عرف المتشرعه یری تعارف عدم الإشهاد فلا مجال لأصل الصحه.

هذا بالإضافه إلی أن إجراء أصل الصحه لا یثبت أنه رد الودیعه أو انتقلت إلیه.

ومنه یعرف وجه النظر فیما ذکره المسالک قال: (الأقوی أنه إن علم بقاء عینها إلی بعد الموت ولم یتمیز قدم مالکها علی الغرماء وکان بمنزله الشـریک، وإن علم تلفها بتفریط فهو أسوه الغرماء، وإلا فلا ضمان أصلًا لأصاله براءه الذمه، وأصاله بقائها إلی الآن لو سلمت لا یقتضی تعلقها بالذمه) ((۲)).

ثم مثل الموت بعد الاعتراف بالودیعه غلبه النسیان علیه أو جنونه أو أغمائه أو ما أشبه ذلک مما لا یمکن معه استفساره عنها.

کما أن مثل الودیعه سائر أموال الناس عنـده من غصب أو عاریه أو مال مضاربه أو غیرها، وکـذا إذا قال إنه مـدیون بالخمس أو الزکاه أو المظالم أو الکفاره أو نحوها، وکـذلک حال الفقیه ووکیله الـذین عنـدهما الحقوق کالخمس والزکاه أو أموال الفقراء والقصر، أو المال الذی أعطاهم الناس لإجاره الصلاه والصیام والحج وغیرها عن أمواتهم، لوحده الملاک فی الجمیع.

۱- جواهر الکلام: ج۲۷ ص۱۵۲

۲- مسالک الأفهام: ج۵ ص۱۲۳ _ ۱۲۴

مسأله ۱۲ : إذا ادعى الوديعه اثنان

(مسأله ۱۲): قال في الشرائع: (إذا كان في يده وديعه فادعاها اثنان، فإن صدق أحدهما قبل وإن أكذبهما فكذلك، وإن قال: لا أدري، أقرت في يده حتى يثبت لها مالك، وإن ادعيا أو أحدهما علمه بصحه الدعوى كان عليه اليمين).

أقول: قد يقول إنها لهذا أو لذاك أو لثالث، أو بالاشتراك بينهما أو بين الجميع أو بين أحدهما وبين الثالث، أويقول لا أدري لأيهما، أو لا أدري لأحدهما أو لثالث، أو لأحدهما أو لنفسي، ومع اعترافه بأنها لكليهما أو ما أشبه فقد يقول إنها لهما بالتساوي، أو بالاختلاف مع علمه بقدر النسبه، أو يقول لا أدري النسبه، أو يقول لا أدري إنها لهما بالتساوي أو بالاختلاف، فإن كان الأول فالحكم مع البينه، وإن كان الثاني فالحلف، وإن كان الثالث حكم قاعده العدل.

ثم إن قال الودعي إنها لزيد مثلاً، لزم عليه أن يحلف لعمرو المدعي الآخر أنها ليست له، لأن عمرواً مدع، فاذا حلف لعمرو فهو، وإن لم يحلف لعمرو فالمشهور أنه يخسر له لحيلولته بإقراره أنها لزيد بين عمرو وبين ماله، لكنا ذكرنا في كتاب الغصب الإشكال في ذلك، لأن الإقرار لا يقف أمام العلم، فكيف يخسر لأحدهما العين وللآخر قيمتها مع العلم بأن ذمته ليست مشغوله إلا لأحدهما فقط، بل قاعده العدل تقتضي التقسيم بينهما أو القرعه.

ثم إن تحققت كون الوديعه لزيد لأنه أقر له المستودع، وحلف لعمرو أو قامت البينه أنها ليست لعمرو مثلاً ففي الثانيه لا إشكال في عدم حق عمرو على زيد بالحلف، أما في الأولى فالظاهر أنه لا حق له عليه في الحلف أيضاً، فإن المقام من قبيل ما لو تنازع الداخل والخارج وحلف الداخل للخارج ثم انتقل المال إلى ثالث فهل للخارج بأن يقيم عليه دعوى جديده ويحلفه حلفاً من جديد، فإن الحلف يذهب بالحق، لكن مع ذلك يحتمل حقه في دعوى جديده والملاك في المقامين واحد.

ومن ذلـك ظهر وجه النظر فى قول المسالـك: (فـإن أقر لأحـدهما بعينه حكم بها للمقر له ويحلف للآخر، فإن حلف له سـقطت دعواه عنه، وبقيت منازعته مع صاحبه فله إحلافه أيضاً، فإن حلف سقطت دعواه أيضاً واستقر ملك المقر له على العين، ولو نكل الـودعى عن اليمين أحلف المـدعى على اسـتحقاقها إن لم يقض بـالنكول، وأغرم الودعى له المثـل أو القيمه لحيلولته بينه وبينها بإقراره الأول، تنزيلًا لليمين المردوده منزله إقرار المنكر، إذ لو أقر بها ثانياً للآخر يغرم له، فكذا إذا حصل ما هو بحكم الإقرار).

ومما تقـدم يعلم الحال فيما لو أكذبهما معاً، سواء قال إنها له أو لثالث، أو قال لا أعلم لمن بدون تعيين الثالث، فإن اليد له ولكل منهمـا حينئـذ إحلافـه على البته أيضاً، فإن نكل عن اليمين ردت عليها وصارا فى الـدعوى سواء لأن يـدهما خارجه، فإن حلفا أو نكلا قسمت بينهما، وإن حلف أحدهما خاصه اختص بها.

وإن قال المسـتودع هى لأحدهما ولا أدرى من هو على التعيين، فإن صدقاه فى نفى العلم فلا خصومه لهما معه، وتبقى الخصومه بينهمـا والحكم كالسابق، فإن أقاما البينه أو حلفا أو لم يقم أحـدهما بينه ولا حلف قسم بينهما بالتساوى، وإن أقام أحـدهما البينه أو حلف أحدهما فقط كانت الوديعه له.

ثم فى هذه الصوره إن كذباه فى عدم العلم، فادعى كل واحد منهما علمه بالمالك أو أدعى أحدهما ذلك عليه، فالقول قوله مع يمينه، لكن الحلف هنا على عـدم العلم، والظاهر كفايه يمين واحده لأن المدعى شـىء واحد وهو علمه بكون المال لمعين، وهنا قول بأنه يحلف لكل منهما يميناً، لأن كلًا منهما مدع فيدخل

فی عموم حدیث «الیمین علی من أنکر»([(۱)](#content_note_161_1))، لکن الظاهر کفایه الیمین الواحده.

وعلی أی حال، فإذا حلف لهما بقیت المنازعه بینهما، وقد عرفت أن مقتضی القاعده التقسیم لا ما حکی عن الشیخ من الاقتراع بینهما، فمن خرج اسمه وحلف سلمت إلیه، ولا ـ ما عنه أیضاً من أنه یوقف حتی یصطلحا، إذ لا ـ وجه لـذلک بعد القاعده المذکوره.

ولـذا قال فی الجواهر: (لعل الأقوی أنهما یحلفان ویقسم بینهما لتکافؤ الدعویین وتساویهما فی الحجه وهو یقتضی القسمه کذلک، ولایکون الأمر مشکلًا، والإیقاف حتی یصطلحا ضرر، والاصطلاح غیر لازم)([(۲)](#content_note_161_2)).

ثم إن صدقهما بأنه لهما وقال لا أعلم کم لهذا وکم لهذا یقع الأمر بینهما، فإن ادعی کل منهما النصف أو أحدهما الثلث والآخر الثلثین وهکذا فهو، وإن ادعی کل منهما الثلثین مثلاً أعطی کل منهما الثلث، وفی الثلث المتنازع فیه تجری قاعده البینه والیمین، وإلا فالتقسیم حسب قاعده العدل.

ولو ادعی أحدهما أن الجمیع له، والآخر أن النصف له، کان من التنازع، وکذلک فی سائر المقامات، وأن النزاع فی النصف لأن النصف الآخر لا مدعی له، وقد حققناه فی بابه، والمسأله طویله الذیل نکتفی منها بهذا القدر.

۱- الوسائل: ج۱۸ ص۲۱۵ الباب ۲۵ من أبواب الحکم والدعوی ح۳

۲- جواهر الکلام: ج۲۷ ص۱۵۳ ـ ۱۵۴

مسأله ۱۳ : إذا فرط أو تعدى

(مسأله ۱۳): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا فرط أو تعدى وتلف المال واختلفا فی القیمه، فالقول قول المالک مع یمینه لخروجه عن الأمانه المقتضیه لسماع قوله، وللمرسل، وقیل: القول قول الغارم مع یمینه، وهو أشبه بأصول المذهب وقواعده، لأصاله البراءه، والخروج عن الأمانه لا ـ یخرجه عن حکم المنکر، ولذا کان الحکم کذلک فی الغاصب أیضاً، ولم یثبت خبر صالح لمعارضته لقاعده المدعی والمنکر).

أقول: مقتضی القاعده ما اختاره، إذ لا وجه للقول الأول إلاّ أن یأتی بالبینه والمفروض عدمها.

وإذا کانت الودیعه مثلیه واختلفا فی المثل، مثلاً کانت قطعه قماش واختلفا فی أذرعها فالقول أیضاً قول المقل للأصل المذکور، أما إذا اختلفا فی جنسها فهو من التداعی یحکم لمن له البینه أو حلف، وإن أقاماها أو حلفا أو لم یأت أحدهما فالمحکم قاعده العدل علی ما عرفت.

ص:۱۶۲

مسأله ۱۴ : إذا مات سلمت إلى الوارث

(مسأله ۱۴): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا مات المودع سلمت الوديعه إلى الوارث، فإن كانوا جماعه سلمت إلى الكل أو إلى من يقوم مقامهم بوكاله أو ولايه، ولو سلمها إلى البعض من غير أذن ضمن حصص الباقين بلا خلاف ولا إشكال).

أقول: مقتضى القاعده فی ما إذا كانت الوديعه مما يرثها وارث واحد أن يسلم إليه، كما إذا كانت حبوه خاصه بالولد الأكبر كالسيف والخاتم وما أشبه، أما إذا كانت للجميع فاللازم أن يسلم إليهم حسب تقسيمهم الإرثی، فإن كان ثلاثه دنانير وكان الوارث ولداً وبنتاً سلم الولد الدينارين والبنت الدينار.

وكذلك إذا ارتد المودع حيث تقسم أمواله بين ورثته، وإذا جن أو ما أشبه كان اللازم التسليم إلى الولی الشخصی أو الحاكم حسب الموازين.

ثم التسليم إلى الكل حسب حصصهم إنما يكون إذا لم يستلزم التفريق نقص القيمه كزوج حذاء، حيث إنه إن سلم إلى كل واحد من الوارثين الولدين فرداً أوجب نقص قيمه المجموع عليهما، فاللازم مراعاه ذلك بحيث لا يتضرران.

وإن عكس بأن أودعه نفران فردی حذاء وماتا وكان لكل واحد منهما وارث، فالظاهر أنه يسلم كل فرد إلى وارثه، ولا يلزم عليه جمعهما بحيث يحرزان ارتفاع القيمه من الاجتماع، لأن جمع الفردين عنده لم يكن للمالك حتى يرثه الوارثان.

مسأله ۱۵ : فروع فی الودیعه

(مسأله ۱۵): فیها فروع:

(الأول): إذا کانت الودیعه أرضاً ومات المودع، سلمها إلی الورثه دون الزوجه، لأنها لا حق لها فیها، مثل ما تقدم من مسأله الحبوه، وإن کانت عماره حیث لها من قیمه البناء لم یجز له تسلیمها إلیهم بدون الزوجه إذا لم ترض، لأن التسلیم یوجب تلف القیمه علیها، فاللازم علی الودعی الجمع بین الوارثین فی التسلیم بحیث لا یتلف علی أحدهما حقه.

(الثانی): قال العلامه فی التذکره: (لو تعدی فی الودیعه وبقیت فی یده مده من الزمان وجبت أجره مثلها عن المده، لأنه صار کالغاصب علیه عوض المنافع).

والظاهر أنه هو الذی اختاره مفتاح الکرامه لأنه ذکره ساکتاً علیه، وتبعهما المامقانی فی مناهج المتقین.

لکن ربما یستشکل فی ذلک بما تقدم من أنه إذا سلم الودیعه إلی صاحبها لم یکن علیه ضمان، إذ الضمان فیما إذا لم یحفظها حسب الموازین وإلا رجعت حاله الأمانه لتحقق الحفظ بتحقق موضوعه، وإن کان المشهور لا یقولون بذلک علی ما عرفت فی بعض المسائل السابقه، نعم قدر ما استفاد منها من الرکوب واللبس وما أشبه علیه الأجره فیه.

وربما یؤید عدم الأجره عدم الإلماع فی روایات الخیانه((۱)) إلی ذلک، فهو من السکوت فی مقام البیان.

وعلی أی حال، فالاحتیاط ما ذکروه، وإن کان الاحتیاط فی هذا الجانب أیضاً یقتضی ما ذکرناه، والجمع بین الاحتیاطین هو التصالح بین الجانبین.

(الثالث): قال العلامه فی التذکره: لو دخل خاناً فجعل حماره فی صحن

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۵ الباب ۳ من کتاب الودیعه

الخان وقال للخاني: احفظه كي لا يخرج، فخرج في بعض غفلاته، فالأقرب الضمان، لأنه قصر في الحفظ بالغفله، ووافقه على ذلك مفتاح الكرامه وأضاف قوله: وكذلك الحال في الثياب بالنسبه إلى الحمامي، ووافقهما على ذلك مناهج المتقين.

وما ذكروه هو مقتضى القاعده حيث كان من التفريط.

وكذلك حال صاحب المنقل (الكراج) بالنسبه إلى السياره، والمطار بالنسبه إلى الطائره، والمحطه بالنسبه إلى القطار، والميناء بالنسبه إلى الباخره، فيما إذا سرقت أو سرق منها، وكذلك حال حافظ الأحذيه في الأعتاب المقدسه، وحافظ السلاح والمال وما أشبه بالنسبه إلى مداخل المراكز المهمه، إلى غير ذلك.

لو خاف الحرق فأخرج متاع نفسه فقط

(الرابع): قال العلامه في التذكره: لو خاف الغرق أو الحريق أو السلب فبادر إلى نقل أمتعته قبل الودائع، فغرقت أو احترقت أو سلبت فلا ضمان، كما لو لم يكن عنده إلّا الودائع فأخذ في نقلها كلها فاحترق ما تأخر نقله.

ونقلها مفتاح الكرامه ساكتاً عليه مما يدل على ارتضائه له.

وفي مناهج المتقين ذكر الفرع بنفسه لكنه في الحكم قال: (في ضمانه وجهان، والأشبه العدم، إذ لا يلزمه إتلاف ماله حفظاً للوديعه والضمان أحوط).

لكن لا يبعد التفصيل بين الأهميه وعدمها، مثلاً إذا كان له كتاب يسوى درهماً والوديعه تسوى ألف درهم فقدم كتابه على الوديعه، بما لو قدم الوديعه فقد كتابه فقط، فإن الظاهر أنه عرفاً من الخيانه، وإذا قدم الوديعه لأهميتها كان له أخذ بدل الكتاب من المودع، فهو كالصرف على الوديعه مما تقدم تفصيل الكلام فيه.

(الخامس): قال في مفتاح الكرامه: إذا دفع إلى رجل خاتماً ونحوه ليمضي إلى وكيله علامةً ويقبض منه شيئاً، وقال: إذا قبضته رد الخاتم علي، فقبض ولم يرد الخاتم، فقد قرب في التذكره أولاً الضمان ثم احتمل العدم، لأنه ليس عليه الرد

ولامؤنته، وسكت عليه السيد العاملى مما يدل على ارتضائه له، وفى مناهج المتقين ذكر مثله وأفتى بالضمان.

أقول: الظاهر الضمان فى الأشياء الثمينه المعتنى بها، أما إذا كانت العلامه مما لا قيمه له كالظروف الورقيه ونحوها التى يكتب عليها اسم صاحب المحل لأجل وضع البضاعه فيها أو ما أشبه ذلك، فلا لزوم للرد ولا ضمان مع التلف، ثم لو لزم الرد وكانت له أجره للطريق أو ما أشبه كان على المودع على ما تقدم الكلام فيه.

(السادس): قال العلامه فى التذكره: إذا دفع قباله إلى غيره وديعةً ففرط فيها، فإنما يضمن قيمه الكاغذ مكتوباً ولا شىء عليه مما فى القباله.

وسكت عليه السيد العاملى بعد نقله عنه، وفى مناهج المتقين: لو أودع قباله عند غيره ففرط فى حفظها أو تعدى ضمن قيمتها، وهل يضمن ما فى القباله، وجهان أشبههما العدم، لكن الظاهر الضمان لأنه سبب ذهاب ماله.

أما إذا أودع عند أحد كتاباً مما يريد دراسه ولده فيه مما يوجب أن يكون طبيباً مثلاً فضاع بتفريط، لم يضمن نقص قيمه دراسه ولده، وكذلك إذا أودع ماكنه الخياطه لم يضمن إلّا قيمتها لا نقص العبد الذى لم يتعلمها بسبب ضياع الماكنه، واحتمال أن النقص فى العبد بسببه غير ضار بعد عدم كونه سبب الضرر عرفاً، فهو كما إذا أسقط إنسان إنساناً على الأرض فداسته الأرجل فمات، فإن الديه عليهم لا عليه.

نعم لو أسقطه فافترسه الحيوان بما لو لم يسقطه لم يفترسه كان السبب أقوى من المباشر.

وقد اتفق فى زماننا أن إنساناً وكز قلب إنسان فأغمى عليه مما ظن الأطباء موته، وحيث كانوا ينقلونه فى سياره الأسعاف إلى المقبره صحا من غشوته

فقال من عنده فی السیاره نم، فنام ومات بعد نومته، واتفق الأطباء عند فحصه بأنه لو بقی جالساً ولم ینم فی السیاره لم یمت وإنما موته حدث بسبب نومه المنبعث عن أمر من کان معه بالنوم، فإن مقتضی القاعده ضمان الآمر دیته لا الواکز.

ولو قیل: بأنه لو لم یکز الواکز له لم ینته الأمر إلی الموت.

قلنا: هو کما إذا استصحبه إنسان إلی مکان فاتفق أن رامیاً رماه فقتله، فهل یقال لو لم یکن المستصحب لم یمت، والحاصل إن المسأله من السبب والمباشر.

لو أعطی الودیعه بدون رد بدلها

(السابع): قال العلامه: لو دفع إلیه وثیقه ودیعه، وقال: لا تعطها لزید حتی تأخذ منه دیناراً، فردها إلیه قبله، ضمن قیمه القباله مکتوبه وأجره الکاتب، وینبغی التأمل فی أجره الکاتب، وذکره مفتاح الکرامه ساکتاً علیه.

أقول: بل ینبغی ضمانه مقابل القباله إلی الدینار أیضاً، فإنه بدفعها إلیه فوت علیه مقابلها، فهو من السبب، فإذا شاء المودع رجع إلیه أو إلی الطرف المنکر لمقابل القباله.

وکذلک إذا قالت الزوجه: لا تسلم ورقه العقد إلی الزوج حتی تأخذ المهر منه، لأن فی الورقه اعترافها بتسلمها المهر، فسلمها إلیه قبل ذلک مما سبب تفویت المهر علی الزوجه.

وهکذا الحال بالنسبه إلی أخذ الدیه حیث سلم الورقه إلی إنسان لیسلمها إلی معطی الدیه فقال: لا تسلمها إلیه قبل أخذک الدیه منه.

والمکاتب والسید بالنسبه إلی النجوم، إلی غیرهم من أصحاب الحقوق التی تفوت حقوقهم بسبب تسلیم المستودع الورقه إلی الثالث الذی یطلبه المودع ونحوه.

(الثامن): لو سلم المستودع الودیعه إلی غیر المودع اشتباهاً، فإن کان من

التعـدى أو التفريـط عرفاً ضـمن، وإلاـ لم يضـمن على مـا سـبق الإشـاره إلى مثله، وكـذلك إذا جن جنوناً خفيفاً أو نحو الجنون فسلمها إلى غير المالك.

لو خاف حرز المودع

(التاسع): قال فى القواعـد: لو عين المودع للمسـتودع حرزاً وقال: ضـعها فيه، فخاف من غرق أو حرق وجب نقلها إلى حرز غيره، فإذا تركها والحال هذه ضمنها، سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره.

أقول: وذلـك للارتكـاز، لأـنه مفرط فى الحفظ عرفاً، إذ الـذى يسـتفيد العرف من مثل ذلك أنه قصـد بالتعيين نوعاً من الصـيانه والاحتيـاط، لاـ أنه قصـد بـذلك الإـعراض إذ عرضت أمثـال هـذه الأـحوال المخوفه، فالاحتيـاط لاـزم عليه فى النقل لأنه مأمور بالحفظ الذى لا يتم إلّا بالنقل، فإذا لم ينقلها كان من التفريط المسبب للضمان، سواء تلفت بالمخوف أم بغيره.

ثم قـال القواعـد: ولو قـال لا تنقلها وإن خفت، فنقلها من غير خوف ضـمن، وفى مفتاح الكرامه يـدل عليه بالأولويه ما تقـدم من الإجماع المعلوم والمنقول فى التنقيح والمسالك.

ثم قال القواعد: ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال أتلفها.

أقول: وذلك لأنه هو السبب فليس من التعدى أو التفريط والخيانه الموجبات للضمان.

ولو شـك فى أنه أراد بنهيه عن النقل الحفظ أو البقاء حتى مع الخوف لوجهه نظر له فى ذلك، لم يسـتبعد اتباع الارتكاز العرفى من إراده الحفظ، اللهم إلّا أن يقال بأصاله عدم الضمان.

ثم قال القواعد: ولو ادعى الناقل عن المعين السـبب كالغرق فأنكر المالك، احتمل تقديم قول المالك لإمكان إقامه البينه، وقول الودعى لأنه أمينه.

ص:۱۶۸

أقول: لكن الظاهر هو الثانی، لأنه محسن فلا سبيل عليه، ولأنه إنما قبض لمصلحه المالك فلا يناسب عدم قبول قوله بيمينه، ولأن عـدم تقـديم قوله يفضـی إلی تنفير الأمنـاء من الوديعه، وربمـا أدی إلی تعـذر حصولها، وأن إمكان إقامه البينه لا يسـتلزم توقف القبول علی إقامتها كما فی دعوی التلف، كـذا فی مفتاح الكرامه، والعمـده إطلاق عـدم تخوين من ائتمنه الإنسان مما تقـدم من الأدله، وقد اختار هذا القول المختلف، وقواه جامع المقاصد، بل فی الأول أنه أشهر.

قال فی مفتاح الكرامه: (ولعله اسـتند فی دعوی الأشهريه إلی عمومات النص والفتوی، مثل صحيحه الفقيه، عن أبی عبد الله (عليه السـلام)، ورِوايه ثقه الإسـلام والشـيخ فی الحسن الـذی هو كالصـحيح، عنه (عليه الصـلاه والسـلام) أيضـاً قال: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان»((١))، وهو بإطلاقه شامل للغرق وغيره كإطلاقات الفتاوی، وإلا فلم نجد من أفتی به قبله فی خصوص الفرض غير الشيخ فی المبسوط مخالفاً له).

أمـا احتمـال تقـديم قول المالك فهو خيره المبسوط والتـذكره، عللوه بأن المسـتودع ادعی أمراً ظاهراً لا يخفی كالحريق والنهب والغرق ويمكن إقـامه البينه عليه، بخلاـف السـرقه والغصب والتلف فی يـده، فإنها أمور خفيه يقبل قوله فيها مع يمينه، لكنك قد عرفت أن إطلاق النص والفتوی يقتضی قبول قوله، وقد ذكرنا سابقاً مسأله تحقيق الحاكم وأن دور اليمين والبينه بعد التحقيق.

(العاشـر): قال فی القواعد: (لو أمره بالوضع فی المنزل فوضـعها فی ثيابه ضـمن، ولو قال: ضـعها فی كمّك فوضـعها فی جيبه لم يضمن لأنه أحرز، ويضمن

١- الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ۴ من كتاب الوديعه ح١

بـالعكس، ولو قـال: اربطهـا في ثوبـك، فجعلها في يـده احتمل الضـمان لكثره السـقوط من اليـد، وعـدمه لأنها أحفظ من الطرار بالبطّ، أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن، فإن ربطه امتثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لأنه إغراء للطرار، ولا يضمن لو جعله من داخل)((١)).

أقول: مقتضـى القاعـده ما تقدم من المعيارين من إراده المودع الحفظ أو الخصوصـيه، كما أن في نقله هل يكون من التفريط أو التعدى أو لا، ومن الواضح اختلاف أنظار المودعين، كما أن من الواضح اختلاف أقسام النقل.

ومن ذلك يعلم المعيار فيما ذكره القواعـد بعد ذلك بقوله: ولو نقل من صـندوق إلى صـندوق والصـناديق للمالك ضـمن، ولو كانت للمسـتودع فهى كالبيوت، ولو أمره بجعلها في صـندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضـمن، ولو قال: اجعلها في هذا البيت ولا تـدخله أحداً، فأدخل قوماً ضـمن، سواء سـرقت حال الإدخال أو بعده، سـرقها من دخل البيت أو غيره، ولو قال: اجعل الخاتم في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن، بخلاف العكس.

أقول: أمـا فرعه الأول من الفرق بين صـناديق المالـك وصـناديق المسـتودع فقـد حكى عن المبسوط والتحرير والتـذكره وجامع المقاصـد، وعلله في مفتاح الكرامه بأن المالك بوصـفه قد عين الحرز فإذا خالف المسـتودع كان تصـرفاً غير مأذون فيه فيضـمن وإن كـان أحرز، لأن في ذلـك تغييراً لحـال الوديعه إلاّ مع الخوف والحاجه إلى النقل، بل في التحرير إنها في الحقيقه وكاله لا استيداع.

أقول: لكنـك قـد عرفت المعيـار الآتي هنا أيضاً، فلا وجه ظاهر للفرق بين الصـندوق للمالك والصـندوق للمسـتودع، ومنه يعلم الحال فيما إذا كان الصندوق للثالث، أو نقل من صندوق المالك إلى صندوق المستودع أو الثالث أو بالعكس،

١- قواعد الأحكام: ج ٢ ص١٨٧

وكذلك حال الاصطبلات بالنسبه إلى الدواب.

ومنه يعلم الحال فى فرعه الثانى، وهو أنه لو أمره بجعلها فى صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن، وإن كان حكى عن المبسوط والتحرير، وعلله فى مفتاح الكرامه بأنه زادها حرزاً، فكان كما لو قال له اطرحها فى صحن دارك فأدخلها فى البيت وقفله.

قال فى المبسوط: ومن الناس من قال: يلزمه الضمان لأنه نبه عليه اللصوص بأن فيه مالاً، ورده بأنه لو قال بلفظه إن فيه مالاً لم يضمن فبالأولى أن لا يضمن بالتنبيه.

أقول: لكن المعيار هو ما ذكرناه، فإنه قد يريد عدم القفل، كما أنه قد يريد القفل لاختلاف الدواعى والأغراض، فكان ما استثناه المبسوط هو الموافق للقاعده، ورده محل تأمل.

أما فرعه الثالث وهو قوله: (لو قال اجعلها فى هذا البيت ولا يدخله أحد، فأدخل قوماً ضمن، سواء سرقت حال الإدخال أو بعده، سرقها من دخل البيت أو غيره)، ففيه نظر واضح، إذ إدخال الناس وعدم الإدخال لا ربط له بالوديعه، وإنما يلزم الفرق بين التلف بسبب الإدخال وغيره، ولذا كان المحكى من التذكره أنه استشكل فيما لو سرقها غير الداخلين والحارسين، أو تلفت بحرق أو غرق، لم يضمن بحصول التلف بغير سبب المخالفه.

أما القول بأنه تفريط بالمخالفه، ففيه ما لا يخفى، لأن كل مخالفه لا يوجب الضمان، فهو كما إذا قال له: اجعله عندك وديعه ولا تشرب الماء أو ما أشبه، مما لا ربط له بالحرز، ومن الواضح أنه ليس إدخال القوم معتبراً فى الحكم، بل هو جار فى الواحد أيضاً، كما نبه عليه مفتاح الكرامه.

ص:۱۷۱

وأما مسأله الخاتم والخنصر فقد قال فی مفتاح الکرامه: (إنه هو فتوی المبسوط والسرائر والتذکره والتحریر، وشرط فی الأخیر فی صوره الأصل أن یکون الخاتم متسعاً ینزل إلی أسفل، قال: وإن کان ضیقاً یقف عند الأنمله ضمن، وهو مراد فی بقیه العبارات، وکذا إذا کان وضعه فی البنصر مفضیاً إلی تلفه بالکسر أو الحک فإنه یضمن لو تلف، وینبغی التقیید فی صوره العکس بما إذا کان یبلغ أسفل البنصر، وإلا ـ فأصل الخنصر أوثق منه، وهذا کله مبنی علی أن النقل إلی الأحرز عن المعین حائز اختیاراً، وأما علی القول بعدم جوازه إلّا عند الضروره فلا یتأتی ذلک).

لکنک قد عرفت المعیار فی المسأله، فلیس الأمر علی نحو الکلیه التی ذکروها.

(الحادی عشر): لو کانت الودیعه تفسد بالوضع فی الموضع الحار أو البارد فوضعها فیه ضمن، أما إذا أمر المالک بذلک، فإن کان عن قصد لم یضمن، وإن کان عن ارتکاز أنه صالح للودیعه ولم یعرف المستودع الارتکاز لم یضمن أیضاً، وإن عرف المستودع بذلک ضمن بأن عرف المستودع اشتباه المودع، کما إذا قال له الطبیب: احفظه فی مکان بارد، فاشتبه وزعم بأنه قال احفظه فی مکان حار، وهذا من فروع تخالف الإشاره واللفظ.

ثم إذا قال: احفظه فی هذا أو ذاک، فحفظه وذهبت الکهرباء بما أوجب الفساد لم یضمن، والظاهر ضمان صاحب ماکنه الکهرباء من جهه إتلاف مال الناس بشرائطه المقرره، أما إذا جعل میت الناس فی مکان یسرع إلیه الفساد کالمکان الحار ففسد فهو معصیه لا أنه یوجب الضمان لعدم المالیه.

(الثانی عشر): لا فرق فی الضمان بین تساوی قیمه الموافقه والمخالفه أو

تخالفهما، فلو قال: احفظ الخبز فى مكان حار، فحفظه فى البارد ضمن للمخالفه وإن تساوت قيمه الخبزين.

(الثالث عشر): لو لم يحفظ ثلجه فى الثلاجه مما سبب ميوعته مع أمره بذلك، ثم أرجع الماء إلى الثلاجه حتى جمد، فعلى المشهور يضمن لأنه خالف، كما ذكروه فى مسأله الرد إلى الحرز، وعلى ما ذكرناه هناك لا يضمن، وكذلك عكس المسأله بأن كان لا يريد الماء الجامد فجمده ثم أذابه، إلى غير ذلك من الأمثله.

لو فتق القميص

(الرابع عشر): من مسأله المخالفه فى الحرز مسأله ما إذا فتق القميص ثم خاطه، أو فسخ الباب ثم جمعه، أو ميز الخليط من الحنطه والشعير للمالك ثم خلطهما، أو بالعكس فيما أعطاه مخلوطاً أو مميزاً، أو فك مثل السياره والغساله والبراده وسائر المركبات ثم جمعها، أو بالعكس بأن أودعه قطع غيار فجمعها ثم فسخها، أو كتب فى الورق المودع ثم محا الكتابه، أو بالعكس فيما لم يضر بالورق شيء ولم يبق له أثر، وإن كانت بعض المسائل المذكوره أشكل فى عدم الضمان من بعض.

(الخامس عشر): لو أتلف البعض المتصل من الوديعه، كما لو قطع يد العبد المودع عنده، أو أحرق بعض الثوب، أو فقأ عين الدابه أو صلم أذنها أو جدع أنفها، أو هدم غرفه فى الدار، أو قطع غصناً من الشجره ضمن الجميع، وذلك لأنه خيانه، فلا تخص البعض دون البعض، أما لو صدر ذلك منه خطأً أو نسياناً أو بزعم أنه ملكه أو بظن أن المالك أجازه فى ذلك أو نحو ذلك ضمن ما أتلفه

خاصه لدليل اليد((۱))، ولم يضمن الباقى لأنه لم يخن فى الأمانه.

هـذا بالنسبه إلى البعض المتصـل، أمـا لو أتلف البعض المنفصـل منها، كما لو أتلف درهماً من صـره أو بيضه أو جوزه من سـله منهمـا أو مـا أشـبه ذلـك، ضـمن مـا أتلفه خاصه دون الباقى، لأنه لا يكون من الخيانه فى الباقى حتى يضـمنها، نعم إذا فرط فى الباقى أيضاً أو تعـدى فإنه يضـمنه لـذلك لا لإتلاف البعض. ولا يزول ضـمانه للبعض بإعادته إياه، بل يحـدث ضـمانه للكل إن مزجه به على وجه لا يتميز كما سبق.

نعم إن أتلف أحد مصـراعى الباب أو فردى الحذاء ضـمنه وضمن قيمه الاجتماع أيضاً، وفى حكم الإتلاف فى المسألتين ما يشبه الإتلاف كما إذا خرق بعض الثوب أو جرح يد العبد أو ما أشبه ذلك.

ولذا قال فى مناهج المتقين: لو أتلف بعض المتصل من الوديعه، كما لو قطع يد العبد المودع عنده، أو أحرق بعض الثوب ضـمن الجميع، نعم لو صدر ذلك منه خطأً ضـمن ما أتلفه خاصه، ولو أتلف البعض المنفصل منها كما لو أتلف درهماً من صـره ضمن ما أتلفه خاصه دون الباقى، إلاّ أن يكون قـد فرط فى الباقى أيضاً أو تعـدى فإنه يضـمنه لـذلك ولا يزول ضـمانه للبعض بإعادته إياه بل يحدث ضمانه للكل إن مزجه به على وجه لا يتميز كما مر.

(السادس عشر): لو مات أو جن أو نحوهما ووجد فى تركته شىء مكتوب عليه أنه وديعه فلان، أو أنه وديعه للموقوفه الفلانيه أو ما أشـبه ذلك، أو وجد فى دفتره أن الشـىء وديعه فلان وكان الشىء موجوداً، أو أنه كان كاتباً فيه أن دراهم معدوده فى أمواله وديعه لفلان، فيما قلنا بجواز التصرف فى الوديعه لتبديلها على

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۴ الباب ۱ من کتاب الوديعه ح۱۲

ما هو الارتكاز على ما تقدم، فإن أفادت الكتابه الاطمينان العادى للوصى أو الوارث أو الحاكم بكونها وديعه لمن سمى له، سلمه إليه أو إلى ورثته بعد موته، وإلا لم يدفعه إليه إلاّ بعد الإثبات الشرعى لأنه لا اعتبار بالكتابه على ما ذكروه، ومثل الكتابه ما إذا كان قرأ وصيته فى شريط أو نحو ذلك.

ولذا قال فى مناهج المتقين: (لو مات ووجد فى تركته شىء مكتوب عليه أنه وديعه فلان، أو وجد فى دستوره أن الشىء وديعه فلان وكان الشىء موجوداً، فإن أفادت الكتابه العلم للوصى بكونها وديعه لمن سماه سلمه إليه، وإلا لم يدفعه إليه إلاّ بعد الإثبات الشرعى لأن الكتابه لا حجيه فيها على الإطلاق).

ولو تردد الاسم بين نفرين فالمحكم قاعده العدل.

ومنه يعلم حال ما إذا ادعى عليه بأنه أودعه الشىء الفلانى واستشهد بأنه كتبه بيده وأبدى المدعى عليه العذر فى الكتابه بما لم يوجب الاطمئنان، مثلاً ـ قال: كتبت حين أكرهنى إليها، أو هى بيان المثال لتلاميذى أو ما أشبه ذلك، ولذا لا ـ يكون مثل الا ـ عتراف فى الراديو والتلفزيون والشريط والتلفون حجه، إذ لعله ألجئ إلى ذلك، ومن هذه الجهه لا ـ تعيرها المحاكم العالميه القانونيه اهتماماً، نعم قد يعدونها من القرائن.

ومثل الوديعه فيما ذكرناه الإجاره والمضاربه والشركه والرهن والبيع والنكاح والطلاق وغيرها، ومثل موته والوجود فى تركته ما إذا جن أو أغمى عليه أو نام نوماً مستمراً أو نحو ذلك ووجد فى دستوره الكتابه المذكوره، لوحده الملاك فى الجميع.

(السابع عشر) لو ادعى عليه وديعه وعين كل علاماته وأنه وضعها فى الصندوق الفلانى إلى غير ذلك، كما إذا قال: إن الشاه المودعه من صفتها كذا

وكذا والمستودع لا يعلم تلك الصفات، أو إنى أودعته الجوهر الفلانى فوضعه فى صندوقه الأحمر فى زاويته الجنوبيه ووضع فوقه قماشاً بلون كذا مثلاً، فإن أوجب العلم فهو، وإلا لا تكون تلك الصفات والعلامات إلّا من القرائن.

وكذلك الحال لو ادعى أنه أودعه مصراعاً من مصراعى بابيه، أو فرده من فردتى حذائه، وكان بيده المصراع الثانى والفرده الثانيه، إلى غير ذلك من القرائن العرفيه.

ولو ادعى أن الشاه أو الدابه له وعلامه ذلك أنها إذا أطلقت من الاصطبل والمراح ونحوهما تأخذ طريق بيت المدعى، وفعلت الشاه والدابه ذلك، فإنها لا تكون إلا من القرائن، لا أنها توجب قبول قوله، إلّا إذا أورثت العلم على ما عرفت.

(الثامن عشر): لو وكل المودع من يتسلم الوديعه من المستودع، سواء لإتيانها إلى المودع أو لأنه آجرها من إنسان أو باعها لإنسان أو نحو ذلك من سائر أقسام المعاملات، فطالبها الوكيل وامتنع المستودع من تسليمها إليه، فإن كان عدم التسليم من جهه عدم ثبوت الوكاله لم يضمن، وإن كان بعد ثبوت الوكاله وإنما لم يدفع اعتباطاً ضمن، أما إذا لم يطالبه الوكيل فالظاهر أن الوجب إعطاؤها له بعد علمه بعدم رضاء المودع أو المنتقل إليه بقاءها عنده.

ولو قال الموكل للوكيل: إنى أطلب أحد الذين فى المدرسه أو ما أشبه، وجاء ونادى الطلبه بوكالته، فاللازم إعلامه من المستودع بكونها عنده، وقد عرفت سابقاً أنه لا يلزم الإشهاد إلّا إذا خاف من الإنكار فيلزم الإشهاد أو نحوه لبراءته.

ومنه يعلم موضع الرد والقبول فى قول مناهج المتقين: لو وكل المودع من يسلم الوديعه من المستودع فطالبه الوكيل فامتنع هو من تسليمها إليه، فإن كان اقتراحاً ضمن، وإن كان لعدم ثبوت وكالته لم يضمن، ولو لم يطالبه الوكيل

لم يلزمه حملها إليه، نعم يلزم إعلامه الوكيل وكونها عنده إذا كان هو جاهلاً بذلك، ولا يلزمه الإشـهاد عند التسليم على الأظهر، ولو أخر التسليم لأن يتمكن من الإشهاد ضمن فى وجه.

(التاسع عشـر): إذا أودعه الوديعه ثم طلبها منه، وشك فى أنه على حاله الطبيعى أو لا، بأن صار سـفيهاً أو معتوهاً، أو أنه فى حاله السـكر أو حاله الجنون أوما أشبه ذلك، لم يضمن بعدم التسليم إلى أن يتحقق، نعم يجب عليه التعجيل فى التحقيق على ما تقدم فى مسأله الفوريه فى الرد، وكذا يجب الإسراع فى الاستشهاد ونحوه إذا خاف الإنكار.

(العشـرون): إذا أودع عنـده خاناً أو فنـدقاً أو دكاناً أو معملاً أو مصـنعاً أو غير ذلك، لم يجز له التصـرف فيها إلّا بقدر الارتكاز، بمثل الصـلاه فيها ونحوها، ولو أودع عنده ماءً لم يجز الغسل فيه أو الوضوء به أو ما أشـبه ذلك لأنه تصرف، إلّا إذا كان ارتكاز بـالجواز، ولو أودع بسـتاناً فالظـاهر أنه لا ـ يضـر أكل الماره منه حسب الموازين الشـرعيه، فلا يلزم حفظها عن ذلك، بل يجوز له أيضاً إذا مر على البستان أن يأكل منه حسب حق الماره.

لو سرق المستودع من الوديعه

(الواحـد والعشـرون): لو سـرق المسـتودع من الوديعه فى صـندوق مقفل عنـده، فإن كان الصـندوق المقفل من المالك كان من السرقه الموجبه للحد، وإن كان الصندوق المقفل من نفسه لم يكن من السرقه لأنه لم يهتك حرز المودع، والمنصرف من هتك الحرز حرز المالك لا حرز المستودع.

(الثـانى والعشـرون): لو وضع عنـده مصـباحاً متوقـداً، فقرأ فى ضوئه أو عمـل الأعمـال المحتاجه إلى الضوء كالخياطه ونحوها لم يكن ذلك من التصرف فى الوديعه فى شىء، فلا يضمن بذلك، نعم الظاهر أن من التصرف إطفاء المصباح

ولو بالنفس كإضائته إذا لم يكن متوقداً.

(الثالث والعشرون): لو وكل العالم أن يأخذ خمسه ممن عنده ماله، فالظاهر أنه يكون وديعه عنده بالنسبه إلى الخمس، وكذلك حال توكيل الفقير ونحوهما فى أخذ شىء من ماله الموجود عند وكيله فيما كان عين المال موجوده، ويكون حينئذ من الكلى فى المعين.

(الرابع والعشرون): الاستيداع والإيداع يمكن أن يكون فى عين شخصيه، أو مشاعاً، أو كلياً فى المعين، بل أو مردداً لمالك واحد، كما إذا قال زيد: أودعتك كتاب شرح اللمعه أو كتاب القوانين على سبيل الترديد، بناءً على صحه مثل ذلك كما لم نستبعده فى بعض مباحث الفقه، خلافاً لغير واحد من الفقهاء، حيث أبطلوه شرعاً، أو أحالوه عقلاً، وكذلك إذا كان الشىء مردداً بين مالكين فقالا: أودعناك، فإنها تصح وديعه وإن لم يعلم أنها مودعه من هذا أو هذا، وإذا قال أحدهما ذلك وتسلمه المستودع وكان القائل المالك واقعاً صار وديعه، وإلا فلا.

(الخامس والعشرون): لو خيره المكرِه بين إعطائه مال نفسه أو مال الوديعه، فأعطاها لم يستبعد عدم الضمان أيضاً، لأن الإكراه على الكلى إكراه على كل فرد منه، نعم إذا كان ماله أقل من مال الوديعه وأعطى مال الوديعه ضمن التفاوت، لأنه لم يكن مكرهاً فى قدر التفاوت.

ومثله إذا كانت الوديعه مائه وأكرهها المكره بتسليمها له وكان يكتفى بتسليم البعض كالخمسين والستين مثلاً، فسلم الكل كان ضامناً للتفاوت، لأنه لم يكن مكرهاً فى ذلك.

ومنه يعلم حال ما إذا كان له شاه وللمودع بقره فأراد أحدهما المكره، فسلم البقره ضمن قدر التفاوت بينهما لمالك البقره.

ص:١٧٨

لو سفه أحد الطرفين

(السادس والعشرون): إذا سفه أحد الطرفين أو فلس، كان مقتضى القاعده بطلان عقد الوديعه، لانتقال ولايه المال من المالك إلى وليه فى السفه، وإلى الغرماء فى الفلس، وليست الوديعه لازمه حتى لا يؤثر السفه والفلس فيه، بل عقد جائز، ولذا اتفقوا على بطلانها بالجنون والموت ونحوهما، ولانقطاع المستودع من الولايه على مال نفسه فكيف بمال غيره.

لكن ربما احتمل العدم، لأن العقد أوجب ذلك، فإذا شك حيث لا دليل على البطلان كان الأصل البقاء، منتهى الأمر إذا لم يجز له التصرف تصرف فيها وليه.

قال فى المناهل: (صرح فى التنقيح ببطلان عقد الوديعه أيضاً بسفه أحدهما وإفلاسه، وعندى فيه إشكال، واحتمال عدم البطلان فى غايه القوه للأصل السليم عن المعارض، ولكن مراعاه الاحتياط أولى)، انتهى.

لكن ما صرح به التنقيح أقرب إلى الصناعه.

(السابع والعشرون): صرح فى التذكره بأنه لو قال المالك: أودعتك كذا فإن خنث ثم تركت الخيانه عدت أميناً لى، فخان وضمن ثم ترك الخيانه لم يعد أميناً.

واستدل على ذلك بأنه لا ضمان حينئذ حتى يسقط، لكن الظاهر مع الغض عما ذكرناه من أن الرجوع فى الخيانه يوجب أحكام الأمانه وإن لم يصرح المالك، أن مثل هذا القول يقتضى عدم الضمان لأن المالك إذا رفع الضمان فلا وجه للضمان بعد عدم الدليل على ضمان شرعى غير الضمان المالكى.

ولذا قال فى المناهل: هذه المسأله عندى فى غايه الإشكال، فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها وإن كان احتمال عدم الضمان لا يخلو عن قوه.

لو اختلفا فى الوديعه والقرض

(الثامن والعشرون): لو قبض من غيره مالاًـ فتلف من غير تعد منه ولا تفريط، فادعى القابض أنه كان وديعه، وادعى المالك أنه كان قرضاً، فمقتضى الصناعه أنه

من مورد التحالف، لأن القرض والوديعه أمران متقابلان، فليس بينهما الأقل والأكثر حتى يكون الأصل مع أحدهما.

ومنه يعلم حال العكس، بأن ادعى المالك الإيداع وادعى القابض الاستقراض، لكن فى المقام روايه خاصه فى إحدى الصورتين يجب القول بها، وهو خبر إسحاق بن عمار الذى وصفه بالصحه فى المختلف والرياض، وعده بعض الأجله من الموثق.

وقد رواه الكلينى والشيخ والصدوق، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندى وديعه، وقال الآخر: إنما كانت عليك قرضاً، قال: «المال لازم إلاّ أن يقيم البينه أنها كانت وديعه»((١)).

وفى المناهل: يعضد هذه ما أشار إليه بعض الأجله قائلاً: روى الكلينى والشيخ فى الموثق عن إسحاق بن عمار أيضاً، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل قال لرجل: لى عليك ألف درهم، فقال الرجل: ولكنها وديعه، فقال (عليه السلام): «القول قول صاحب المال مع يمينه»((٢)).

ولذا ذهب إلى ذلك النهايه والنافع والتذكره والتبصره والمختلف والتنقيح والرياض والإسكافى والحلى على ما حكى عن بعضهم، بل صرح بعضهم بالاتفاق عليه أو نفى الخلاف فيه.

أما الوجوه التى ذكروها لذلك فهى أقرب إلى الاعتبار، ولولا الدليل الخاص لكنا نقول بما ذكرناه سابقاً.

مثل ما حكى عن ابن إدريس من أنه قال: لأنه أقر بأن الشيء فى يده أولاً

١- الوسائل: ج١٣ ص٢٣٢ الباب ٧ من كتاب الوديعه ح١

٢- الوسائل: ج١٣ ص١٣٨ الباب ١٨ من كتاب الرهن ح١

وادعی کونه أمانه، والرسول (صلی الله علیه وآله) قال: «علی الید ما أخذت حتی ترده»((۱))، وهذا قد اعترف بالأخذ والقبض وادعی الودیعه وهی تسقط الحق الذی أقر به لصاحب المال فلا یقبل قوله فی ذلک.

ومثل قول التذکره: لأن المتشبث یزیل دعواه ما ثبت علیه من وجوب الضمان بالاستیلاء علی مال الغیر، فکان القول قول المالک.

ومثل ما عن التنقیح: من أن ذا الید أقر بوصول المال إلیه وهو محتمل الإقراض وعدمه کالاستیداع، ولا مرجح لأحد الاحتمالین، علی أنه یدعی ما یزیل الضمان فعلیه البینه ومع عدمها کان القول للمالک.

ومثل قول الریاض: بعموم «علی الید» الموجب لضمان ما أخذه، خرجت عنه الأمانه حیث تکون معلومه بالإجماع فتوی وروایه، وبقی الباقی یشمله عموم الروایه.

ومنه یظهر وجه النظر فی قول مناهج المتقین حیث قال: (لو قبض من غیره مالاً فتلف من غیر تعد منه ولا تفریط فادعی القابض أنه کان ودیعه وادعی المالک أنه کان قرضاً، فالقول قول المالک بیمینه، نعم مع وجود العین له ردها إلیه، ولو انعکس الفرض فادعی المالک الإیداع وادعی القابض الاستقراض فقیل یقدم قول المالک، ولو قلنا بتقدیم قول القابض لإقراره بلزوم البدل علیه عند التلف من غیر تفریط ولا تعد کان أحسن).

فإن فرعیه الأولین علی ما عرفت، أما فرعه الثالث ففیه ما ذکرناه من أنه موضع التحالف ولا دلیل مخرج عن ذلک، اللهم إلّا أن یفهم المناط وهو غیر

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۳ الباب ۱ من کتاب الودیعه ح۱۲

مقطوع.

ثم إنه يلحق بصوره التلف صوره عدم إمكان رد المال المفروض إلى صاحبه مع بقائه، كما لو ألقى فى البحر أو اغتصبه الغاصب منه مع تقصيره فى الأمر أو ما أشبه ذلك، كما صرح ببعض الفروع المذكوره فى محكى النافع والتذكره.

وفى المناهل: الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، قال: وهو مقتضى إطلاق الروايه الثانيه.

ثم إذا تمكن الودعى من رد عين المال المتنازع فيه إلى المالک، فعن الرياض أن القول قول الودعى قائلا: ويفهم من قوله إذا تعذر الرد أو تلف العين أن مع عدم التعذر القول قول الودعى ولا ـ ريب فيه لأصاله عدم القرض، فله رد نفس العين، والخبر المتقدم صريح فى التلف.

لو اكتسب بالوديعه

(التاسع والعشرون): المشهور بين الفقهاء أنه لو تصرف فى الوديعه باكتساب ضمن وكان الربح للمالک، ومستنده روايه التهذيب والفقيه، عن مسمع، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): إنى كنت استودعت رجلًا مالاً فجحدنيه وحلف لى عليه، ثم إنه جائنى بعد ذلک بسنتين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالک فخذه وهذه أربعه آلاف درهم ربحتها فى مالک فهى لک مع مالک واجعلنى فى حل، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح منه وأوقفت المال الذى كنت استودعته وأتيت حتى استطلع رأيک فما ترى، قال: فقال (عليه السلام): «خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلله، إن هذا رجل تائب والله يحب التوابين»((۱)).

قال فى المختلف: إذا اتجر الودعى بالوديعه من غير إذن المالک كان ضامناً، والربح للمالک بأجمعه، قاله الشيخان وسلار وأبو الصلاح وابن البراج وغيرهم،

ص:۱۸۲

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۵ الباب ۱۰ من كتاب الوديعه ح۱

وكذا قال ابن الجنيد، إلّا أن أصحابنا أطلقوا، وابن الجنيد فصل.

وعن المراسم إنه قال: إن اتجر المستودع بمال الوديعه فعليه ما يخسر وللمودع الربح.

وقد أشكل الخونساری فی جامع المدارک علی المشهور قائلًا: إن قولهم مشکل بحسب القواعد، حیث إن التجاره إن کانت بعین الودیعه فهی معامله فضولیه إن أمضاها المالک صحت وإن ردها بطلت، فما یظهر منه الصحه بدون حاجه إلی الإمضاء مشکل، وإن کانت بالکلی فی الذمه مع دفع الودیعه عما فی الذمه فمقتضی القاعده استرداد الودیعه مع الإمکان وغرامه المثل أو القیمه مع عدم الإمکان وکون الربح للودعی إلاّ أن تستشکل فی صحه مثل هذه التجاره بقصد أداء ما فی الذمه، وإن کان المالک أذن فی التصرف مع الضمان فمقتضی القاعده صحه التجاره وکون الربح للودعی التاجر ولا مجال للشبهه من جهه قصد أداء ما فی الذمه بمال الغیر. أما الروایه (۱) فیمکن أن یکون أمر الإمام (علیه السلام) بالأخذ أمراً بإمضاء المعاملات الواقعه وإعطاء النصف إیاه إحساناً إلیه مع وقوع التجاره بالعین، وأمر بأخذ نصف الربح مع کونها بما فی الذمه من باب قبول الإحسان الواقع من طرف الودعی).

لکن لا یبعد أن تکون الروایه علی طبق القاعده حیث إن الربح حصیله المال والعمل حتی فیما إذا باع کلیاً وأعطی العین من باب الوفاء، فإن العرف یرون الربح منهما کما هو الحقیقه، ومثله مقسم بینهما، وکأن الربح فی ذلک الزمان فی المضاربه کان … بالنصف وإلا فمقتضی ما یراه العرف التقسیم بینهما حسب الموازین

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۵ الباب ۱۰ من کتاب الودیعه ح۱

الاقتصاديه بالنسبه، من الثلث أو النصف أو غيرهما كما ذكرنا فيكتاب الاقتصاد.

وحيث كان الأمر على حسب القاعده لا ـ فرق بين الوديعه والغصب والعاريه ونحوها، بخلاف ما إذا قلنا إنه تخصيص للقاعده بدليل خاص ولم يفهم الملاك، هذا حسب ما يراه العرف، أما حسب الصناعه فلا يبعد ما ذكره جامع المدارك وغيره، وقد فصل الكلام فيه فى المناهل تفصيلاً فمن شاء راجعه.

ومنه يعلم الكلام فيما ذكره مناهج المتقين، حيث قال: (لو تصرف المستودع فى الوديعه واتجر بها بغير إذن المالك ضمنها، ثم الأقوى أنه إن وقعت المعامله على العين المودعه كانت موقوفه على إجازه المودع، فإن أجاز صحت المعامله وكان الربح كله للمالك ولا شيء منه للمستودع، وإن رد فسد البيع، وإن اشترى فى الذمه ودفع الوديعه وفاءً صحت المعامله وكان الربح كله للمستودع، وعليه بدل الوديعه من مثل أو قيمه وهو آثم، ولا فرق فى ذلك كله بين كون الوديعه لكامل أو قاصر).

(الثلاثون): لو رد الودعى المال قائلاً: هذا مالك وإنما هزل الحيوان أو تفه طعم الخل أو تغير لون القماش أو ما أشبه ذلك من غير تعد أو تفريط، قبل قوله لأنه أمين على ما عرفت، والظاهر أنه إن قال المالك: هذا ليس مالى وإنما كان مالى غيره، يقبل قول الأمين أيضاً لما تقدم، واحتمال الاحتياج إلى البينه لا وجه له.

وإن قطع المالك بأنه ليس ماله جاز له الأخذ منه من باب التقاص عن ماله، ثم إن حلف المستودع فلا شيء للمالك، وإلا كان له التقاص من المستودع من مال آخر بقدر التفاوت بين المعطى له وبين ماله إن كان بينهما تفاوت.

(الواحد والثلاثون): إذا قال الودعى: إن أحد هذين الشيئين هو مالك والآخر

مالی ولا۔ أعلم التعیین، فإن تساویا أخذ کل واحد واحداً من باب الشرکه أو ما أشبه، وإن اختلفا فالظاهر أن التفاوت بینهما لقاعده العدل، وکذا الحال إن قال: أحدهما لک والآخر لإنسان آخر أو موقوفه أو ما أشبه ذلک.

(الثانی والثلاثون): قد تبین مما تقدم أنهما لو اختلفا فی أنه ودیعه عنده أو إجاره أو ما أشبه ذلک کان اللازم التحالف، وقد ذکرنا فی کتاب القضاء وغیره أن الملاحظ فی النزاع المصب لا المآل، فکون الإجاره توجب اشتغال ذمه الآخذ بخلاف الودیعه والأصل عدم اشتغالها، لا یوجب تقدیم الودیعه علی الإجاره.

ومنه یعلم الحال فیما إذا قال أحدهما: إن الأمه مستأجره، وقال الآخر: منکوحه لمن بیده الآن.

(الثالث والثلاثون): لو طلب المودع الأمانه فقال المستودع: أخذتها تقاصاً، کان علیه إثبات حق له علی المودع أنکره المودع حتی اضطر إلی التقاص، فإن لم یتمکن من إثبات أحد الادعاءین کان علیه ردها إلیه، وکذلک إذا قال: صرفتها علی زوجتک أو سائر واجبی النفقه لأنک لم تکن تصرف علیهم فاستأذنت الحاکم الشرعی أو عدول المؤمنین، أو فعلت ذلک بدونهما لعدم وصول یدی إلی أی منهما.

لو لم یسلم المال وتلف

(الرابع والثلاثون): لو لم یسلم المستودع المال وتلف المال، ولما ادعی علیه المودع عند الحاکم قال: ما سلمتک لأنک کنت ترید المعصیه بها بإنفاقها فی شرب الخمر أو لعب القمار أو أجر الفاحشه أو وطی الحیوان فیما إذا کان الحیوان مستودعاً عنده أو ما أشبه، فهل یقبل قوله لأنه أمین، أو لا لأنه ادعاء، لا یبعد الأول، وإن کان ظاهرهم حسب ما تقدم فی بعض المسائل السابقه العدم، وسبیل الاحتیاط واضح.

ومنه يعلم الحال فيما إذا لم يعطه وادعى أنه فى وقت طلبه كان مجنوناً أو سكراناً أو سفيهاً أو مفلساً أو ما أشبه ذلك، مما إذا ثبت كان للمستودع الحق فى عدم رده، وكذلك إذا ادعى أنك كنت غير بالغ أو غير رشيد وقت الطلب فيما إذا كان المال مودعاً عنده من مورثه.

(الخامس والثلاثون): الظاهر أنه إذا ادعى الوارث على المستودع المال، فقال: رددت إلى مورثك، سمع كلامه بيمينه لأنه أمين كما عرفت، وهذا هو المشهور بين الأصحاب، بل عن ابن إدريس ادعاء الإجماع عليه، وفى جامع الشتات: الظاهر أنه لا خلاف فيه إلّا من العلامه فى المختلف فى كتاب الوكاله حيث أشكل على ذلك، لكنه بعد ذلك قوى القبول.

وعن ابن فهد فى المهذب البارع: الإجماع عليه أيضاً، فإنه قال فى كتاب الوكاله: (الأمناء على ثلاثه أقسام:

الأول: من يقبل قوله فى الرد إجماعاً، وضابطه من قبض العين لنفع المالك فهو محسن محض فيقبل قوله فى ردها حذراً من مقابله الإحسان بالإساءه وكالمستودع، واستشكل العلامه من حيث إن الأصل عدم الرد وهو قادر، وجزم فى كتاب فتواه بموافقه الأصحاب.

والثانى: مقابله، وضابطه من قبض العين لنفعه ومصلحته كالمستعير والمسترهن والمستأجر.

الثالث: من قبض العين ونفعها مشترك بين المالك والقابض، كالمضارب والوكيل بجعل، فمن غلب جانب النفع اعتبر قول المالك، ومن غلب جانب الأمانه اعتبر قول العامل، وعن ابن مفلح أيضاً دعوى الإجماع عليه).

لكن لا يخفى

أن ضابط ابن فهد غالبى، فقد يودع المودع المال عند المستودع لنفعه لا لنفع المالك، والعمده ما عرفت من أنه أمين.

هذا بالإضافه إلى ما تقدم الإلماع إليه من قوله سبحانه: (ما على المحسنين من سبيل)([(١)]) و (هل جزاء الإحسان إلّا الإحسان)([(٢)]) ونحوهما، ولا يقال إن الحلف على الأمين سبيل عليه لانصراف السبيل عن مثله.

ثم قال المحقق القمى: (الظاهر أنه لاخلاف أيضاً فى أن الدعوى من المستودع فى الرد على وكيل المودع أيضاً مثل دعواه الرد على الموكل) وهو كما ذكره لإطلاق الدليل، فكل واحد من الوكيل والموكل أن أخذ من أحدهما ورد إلى الآخر أو من وكيل ورد على وكيل آخر قبل دعواه فيه.

أما قوله بعد ذلك: (أما لو أدعى المستودع الرد على وارث المودع احتاج إلى البينه لأن الوارث لم يجعله أميناً)، فقد عرفت فى السابق ما فيه من أنه لا فرق بين الوارث والمورث والمعطى لوليه بعد أن جن أو ما أشبه، لأن ظاهر الدليل العموم ولو بالملاك.

لو مات الوارث

(السادس والثلاثون): لو مات المورث وله وارثان ادعى أحدهما أنه إجاره، وقال الآخر إنه قرض، وقال من عنده إنها وديعه، فالظاهر كفايه يمين واحده فيما إذا وصل الأمر إلى اليمين، إذ لا وجه لتعدد اليمين بعد الإطلاق الشامل للمقام، وكذا فى أمثاله.

(السابع والثلاثون): إذا أودع عنده أرضاً فلا حق للزوجه فى التنازع معه، إذ لا حصه له منها، وكذلك لا حق لسائر الأولاد فى التنازع مع المستودع فى

ص:١٨٧

١- سوره التوبه: الآيه ٩١

٢- سوره الرحمن: الآيه ٦٠

الحبوه، فإن طرفه فيها هو الولد الأكبر فقط، كما تقدم مثله.

(الثامن والثلاثون): لو قال المستودع: إن الشيء نصفان نصفه وديعه ونصفه إجاره أو قرض مثلاً، كان لكل نصف حكمه، إذ وحده الشيء لا يوجب وحده العقد عليه، كما أن تعدده لا يوجب تعدد العقد عليه.

(التاسع والثلاثون): لو أودع عنده شيئين فربما يجعلهما وديعتين، كنكاحين في صيغه واحده، وربما يجعلهما وديعه واحده، والأحكام في الوحده والاثنينيه تابعه لهما، وقد ذكرنا في بعض المباحث إمكان أن يجعل لبضاعتين بيعين في صيغه واحده، وأن يجعل لهما بيعاً واحداً، وتظهر الثمره في الخيار ونحوه، نعم في باب النكاح والطلاق لا يمكن جعل نكاح واحد لامرأتين، وكذلك بالنسبه إلى الطلاق والخلع ونحوهما.

(الأربعون): إذا طير الريح الثوب إلى داره، أو جاء بالأمتعه أو الأواني السيل إليه، أو هرب حيوان كالشاه والغزال ونحوهما ودخلا بيته، أو ألقى اللص بضاعه الناس إلى محله، أو جاء حيوان بفريسته المملوكه أو بالمطارده نحوه، إلى غير ذلك، لم تكن أمانه مالكيه ولا شرعيه، أما الأول فلعدم استئمان المالك له، وأما الثاني فلأنه لا دليل على استئمان الشارع له، اللهم إلّا إذا كان من الأهميه بحيث يجبره الشارع عليه، نعم إذا أخذها صارت أمانه شرعيه لها أحكامها.

وقد مثل العلامه في القواعد بالمثال الأول فقال في أثناء كلامه: (إذا انفسخت الوديعه بقيت أمانه شرعيه في يده فلا يقبل قوله في الرد كالثوب تطيره الريح إلى داره ويجب عليه إعلام صاحبه، فإن أخر متمكناً ضمن)، وقد عرفت وجه النظر فيه، ولذا حكى الشهيد عن الفخر أنه لا يضمن إذا أخر متمكناً إلّا مع التصرف، وهو مقتضى القاعده، فإن دليل تسلط الناس على أنفسهم حاكم على ما ذكره العلامه.

ص:١٨٨

لو أوصى إلى فاسق

(الواحد والأربعون): قال في القواعد: ولو أوصى إلى فاسق أو أجمل، كقوله عندى ثوب وله أثواب ضمن. وفى مفتاح الكرامه: هو خيره التذكره والتحرير وجامع المقاصد والمسالك فى الحكمين وخيره المفاتيح فى الأول وظاهر المبسوط فى الثانى.

أقول: فيه نظر وهو أنه ليس الوصيه إلى فاسق موجباً للضمان مطلقاً، وإنما يكون موجباً للضمان إذا كان تضييعاً، وكذلك بالنسبه إلى العادل الكثير النسيان ونحوه، فالمعيار أن يكون تضييعاً وخيانه أو لا، بل كذلك الحال فيما أوصى إلى عادل غير كثير النسيان لكنه لا يتمكن من التنفيذ لضعفه أو لاستيلاء الأعداء عليه أو ما أشبه ذلك.

ولذا علل الحكم فى مفتاح الكرامه بأن الوصيه إلى الفاسق تزيد فى التضييع، لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانه.

ومنه يعلم لزوم تغيير الوصيه إذا أوصى إلى عادل قوى ثم انقلب إلى فاسق مستهتر أو ضعيف أو ما أشبه ذلك، كما أنه لو أوصى إلى الفاسق والضعيف فانقلبا إلى عادل قوى كفى، إذ الوصيه من باب الأمانه فكلما تحققت صحت.

كما يعلم أنه إذا لم يكف الواحد لزم الوصيه إلى اثنين متعاونين، أو لكل بعض الوديعه.

كما أنه إذا أضر الاثنان بالتنازع ونحوه لزم الوصيه إلى واحد.

(الثانى والأربعون): لو أودع عنده النقود الورقيه فتغيرت الحكومه بما أوجب سقوط ماليه الورق وجب عليه تبديلها، وإلّا كان ضامناً لأنه خيانه وخلاف الحفظ والأمانه، نعم إن صرح بعدم التبديل لم يكن عليه شيء، وربما يريد بقاءها لتكون فى المستقبل ذات قيمه لأنها ستكون من الآثار العتيقه، وكذا حال ما إذا قلّت قيمه الأوراق قله كبيره ونحوها، كما يقع مثل ذلك فى حاله الحرب ونحوها.

(الثالث والأربعون): لو أودع عنده البضاعه فأخذت فی التنزل، فإن كان الارتكاز على التبديل بدل، وإلا لم يهم ذلك.

(الرابع والأربعون): لو أودع عنده البضاعه فی محل التنزل، فنقلها إلى محل التضخم لم يكن به بأس إذا كان الارتكاز على ذلك، أما العكس فلا لأن الارتكاز على الخلاف، وعلى أی حال فالمعيار على الارتكاز.

(الخامس والأربعون): لو كان الظالم يأخذ بضاعه خاصه دون غيرها ودون النقد، وكانت الوديعه من تلك البضاعه الخاصه، فالظاهر أنه يلزم عليه تبديلها إلى النقد، لأنه الارتكاز الغالب، لا إلى بضاعه أخرى.

(السادس والأربعون): لو أودع الكافر عند مثله مثل الخمر والخنزير فأسلم المستودع، وجب عليه ردها إلى المالك، إذ عدم صحه التملك عنده لا يوجب سقوط حكم الوديعه، وقد ذكرنا شبه هذه المسأله فی كتاب الرهن، وكذا إذا أودع المخالف لمخالف مثله نبيذاً أو ما أشبه فاستبصر المستودع، أما إذا استبصر فی المسألتين المودع فالظاهر سقوط الوديعه عن الماليه فلا يجب عليه الرد، فتأمل.

(السابع والأربعون): لو أودع عنده طنبوراً أو صليباً أو ما أشبه، فالظاهر وجوب كسره أو تفكيكه ورد الأجزاء للمودع، جمعاً بين الدليلين.

(الثامن والأربعون): لو تمكن من أخذ الحواله وحمل النقد، فإن كان الطريق أمناً لم يضمن وإلا ضمن إذا لم يأخذ الحواله وحمل النقد، لأنه خلاف العمل بمقتضى الأمانه.

أقسام الأمانه الشرعيه

(التاسع والأربعون): لا يخفى أن اليد فی الشرع على قسمين: يد قهر وعدوان، ويد أمانه واستئمان، فيد القهر كيد الغاصب الظالم الآثم، ويد الاستئمان على قسمين: أمانه مالكيه، فيما إذا فوض المالك أو نحوه كوكيله ووليه ووصيه وما

أشبه، وأمانه شرعيه، وهى الشىء الذى يقع فى يد الإنسان بدون استئمان المالك ومن قام مقامه.

وقد عرّف الأمانه الشرعيه الروضه والكفايه وغيرهما بأنها ما أذن فى الاستيلاء عليها شرعاً ولم يأذن فيها المالك.

ثم إن الأمانه الشرعيه قد تكون مع كره المالك، وقد تكون بدونه، فالأول كما إذا أمره الشارع بأخذ المال من يده لأنه يريد فعل المنكر به، كما تقدم فى بعض الفروع السابقه أمثله له، فيأخذه منه من باب النهى عن المنكر، وحينئذ تكون أمانه بيده، والثانى واضح.

وعن المهذب البارع وإيضاح النافع أن الأمانه على قسمين: خاصه وعامه، فالخاصه كل عين حصلت فى يد غير مالكها بإذنه أو بغير إذنه ثم أخبر ولم يطلبها، أو أقره الشارع على إمساكها، كالوديعه والعاريه ومال الشركه والمضاربه والعين المرهونه والمستأجره والموكل عليها والعين التى هو وصى عليها، ويدخل فيها العين المقبوضه بالسوم.

قال فى محكى المهذب ما معناه: إنه زيد ما أقره الشارع على إمساكها، ليدخل فيه الوديعه بعد موت المودع المشغول بحجه الإسلام مع علم المستودع بعدم تنفيذ الوارث، فإن الشارع جعل له ولايه الاستيجار للحج، فهى فى يده إلى وقت الاستيجار غير مضمونه، وليدخل فيه أيضاً اللقطه فإنها فى يد الملتقط لا بإذن المالك، بل الشارع أقر يده عليها للاحتفاظ.

وفسره مفتاح الكرامه بأن مراده أن هاتين تدخلان فى تعريف الأمانه الشرعيه، وقضيتها أن لا تقر يدهما عليهما، فوجب أن يزاد ذلك لإدخالهما فى الخاصه، لإمكان التوافيق فى الحكم، قالا: وأما العامه فهى كل عين حصلت فى يد غير المالك مع عدم علمه بذلك على غير جهه التعدى

ص:١٩١

كـالثوب يطيره الريـح إلى دار إنسـان، وكـالوديعه إذا مـات مالكهـا ولـم يعلم الوارث، وكالعين المأمور بـدفعها إلى غيره، والمال الموصى بتفريقه أو بدفعه إلى من لا يعلم، ولو كان الموصى له معيناً وعلم به كان أمانه خاصه.

ثم إن حكم الأمـانه الخـاصه أنه لاـ يجب دفعهـا إلاّـ مع الطلب أو انتهـاء المـده، فلو تلفت قبله لم يضـمن، وحكم الأمـانه العـامه وجوب الدفع على الفور العرفى على ما تقدم فى بعض المسائل السابقه، ويشتركان فى الضمان مع التعدى والتفريط.

وقد اختلفوا فى العين المستأجره بعد انقضاء المده، فقد عد أبو على والشيخ فى المبسوط والمقداد على المحكى عنهم كونها من الأمانه الشرعيه، لكن الأكثرون على خلاف ذلك، وأنها من الأمانه المالكيه.

ومقتضى القاعده التفصيل بين الارتكاز من المالك فمن الثانى، وعدم الارتكاز فمن الأول.

ويـدخل فى الأمـانه الشـرعيه مـا ينتزع من الغاصب أو السارق حسـبه دون ما يستودعه إياه عنـد المشـهور، فإنه عنـدهم لقطه فى وجوب التعريف والتصدق، كما تقدم الكلام فى ذلك.

كما أن المال المجهول المالك من الأمانات الشـرعيه التى يجب ردها إلى مالكها أو التصـدق بها، وهو ما يحصل فى يد الإنسان من مـالكه أو ما يقوم مقامه ثم يجهله، أو يكون مجهول المالك من أول الأمر، كما إذا كان الإنسان مع إنسان فى فنـدق أو خان أو قافله أو نحو ذلك ثم ذهب وبقى متاعه عنـد هذا الإنسان من باب الغفله أو الخطأ أو مطارده الظالم ذلك الإنسان المالك، أو ما أشبه ذلك على ما ذكرنا تفصيله فى كتاب اللقطه.

قـال فى مفتاح الكرامه: ومن الأمانه الشـرعيه ومجهول المالك ما يقع الاشـتباه فيه من النعال فى الزيارات والحمامات، ويشـبهه ما يؤخذ من الحاكم الظالم

مما علم أنه حرام ولا يعلم صاحبه مما لا يجدى تعريفه لأن الإنسان لا يتمكن من الوصول إلى مالكه أو من قام مقامه، وفى خبر يونس قال (عليه السلام): «كيف تعرفه ولم تعرف بلده»((١)).

كما أن من الأمانه الشرعيه العامه اللقطه مع ظهور المالك قبل إيصالها إليه إيصالا حسب الموازين، والهدايا والكتب المرسله، والمراد الهدايا التى لا يعرف أصحابها مثل الظروف التى ترسل إلى الإنسان وفيها الطعام، وكذلك الكتب المرسله إلى الإنسان ويراد جوابها عليها ولا يعرف مالكها.

ومنها الصيد المنتزع من المحرم، أو مُحلّ أخذه من محرم، فإنه يجب رده فوراً عرفياً إلى الحرم، وكذلك تخليص الصيد من الجارح ليداويه، ومن الشبكه فى الحرم.

ومنها أيضاً ما لو ظفر المقاص بغير جنس حقه، فهو أمانه شرعيه حتى يباع أو يأخذه بدلاً من جنسه، لأنه يجوز فى التقاص كلا الأمرين، وما يؤخذ من الصبى والمجنون من مال الغير، وما كسبه من قمار، وما يؤخذ من مالهما وديعه عند خوف تلفه بأيديهما من باب الإحسان، سواء كان الأخذ واجباً أو مستحباً، وكذلك ما يتسلمه منهما نسياناً، وكذلك حال ما يأخذه من حيوان.

وما بطل من الأمانه المالكيه بموت المالك أو جنونه أو موت المؤتمن أو جنونه، وما إذا عزل المستودع نفسه مع علم المودع وبدونه أو سفه على ما تقدم فى بعض الفروع السابقه كلها تصبح أمانه شرعيه.

ثم إن الأمانه الشرعيه يجب دفعها إلى مالكها فوراً عرفياً إن علم به، وإلا فإلى من قام مقامه من الفقراء أو الحاكم، وذلك لدليل على اليد((٢)) ونحوه، ولا يجوز له تركه فى العراء ونحوها

١- الوسائل: ج١٧ ص٣٥٧ الباب ٧ من كتاب اللقطه ح٢
٢- المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعه ح١

لأنه من الخيانه والتضييع وخلاف دليل اليد.

ومما تقدم من معيار الارتكاز ظهر أن ما قبض بالعقد الفاسد من بيع وصلح ونحوهما من العقود اللازمه الموجبه لانتقال الضمان بصحيحها إن كان الارتكاز يكون أمانه مالكيه، وإلا يكون أمانه شرعيه.

ومثل ذلک ما لو بطلت الشركه أو المضاربه أو الوديعه أو العاريه أو المزارعه أو المساقاه أو نحو ذلک.

ومثل المقبوض بالعقد الفاسد ما لو اشترى المغصوب من الغاصب جاهلاً بالغصب أو ناسياً له أو نحو ذلک.

وكذلک حال ما لو دفع إليه المستودع ثوب نفسه بظن أنه ثوب المودع، وإذا دفع المستأجر شيء نفسه إلى الموجر بزعم أنه شيء الموجر.

ثم الرد فی الأمانه المالکیه حسب الارتكاز، أما فی الأمانه الشرعیه فاللازم إما الرد فوراً عرفياً أو الإعلام، لأن الشارع لم يأذن إلّا بقدر، والمفروض عدم إذن المالک، وإنما يقوم الإعلام مقام الرد لأنه يخرجه عن الخيانه ونحوها، فإذا أعلم وطلبه مالكه أعطاه.

ثم إن الأمانه الشرعيه حالها حال الأمانه المالكيه يلزم إيصالها إلى المالک حسب ارتكاز المالک فی رضاه البقاء عنده أو ردها فوراً عرفياً، فإن علم بالأول فله التأخير، وإلا لزم الرد فوراً لأن البقاء بدون رضا المالک سواء علم أو لم يعلم المالک غصب، وخلاف دليل السلطنه وغيرهما.

ومنه يعلم وجه النظر فيما حكاه مفتاح الكرامه عن جماعه من الفقهاء قال: (إنه قيد ذلک فی المهذب وإيضاح النافع بعدم علم المالک، وقضيته أنه إذا علم لا يجب عليه نقله، وهو قضيه الكتاب فيما يأتی، والسرائر والحواشی وجامع المقاصد ومجمع

البرهان، وبه صرح فی التذکره فی مقام آخر، بل هذا المقام من لوازم المقام الثانی).

لکن قال فی المسالک: (إنه لا فرق عندنا بین علم المالک بأنها عنده وعدمه).

وإذا لم یعلم المالک بوجودها عنده لزم إما الرد فوراً أو الإعلام فیما إذا احتمل ارتکاز المالک بجواز بقائه عنده، وإن لم یحتمل لزم الرد فوراً، فإن الإعلام لا خصوصیه له.

وقد استجود المقدس الأردبیلی فی محکی کلامه قولهم بوجوب الإعلام فی الأمانه الشرعیه وقال: (إن القول بوجوب الرد بل بجوازه سیما مع کل من کان محل تأمل، لأنه تسلیط الغیر علی مال الغیر بغیر إذن، فیمکن القول بالضمان لو تلف فی الطریق من غیر تقصیر، وکذلک الضمان مع التأخیر من غیر تصرف، بل بمجرد وجوده فی الدار بواسطه الریح ونحوه).

لکن الإرسال بسبب الثقه أوغیر الثقه مسأله أخری کما هو واضح.

وما فی مفتاح الکرامه من أن فحوی الحال یقتضی بأن المالک یرضی بالبعث مع کل من کان، ولهذا کان متداولاً بین المسلمین فی العواری والودائع ولا ـ یلزمون ردها مع خصوص الثقه أو مع من أرسله معه الدافع، غیر ظاهر فأیه سیره فی الإرسال مع غیر الثقه.

کراهه استیمان شارب الخمر

(الخمسون): فی بعض الروایات الداله علی کراهه ائتمان شارب الخمر وإبضاعه، بل کل سفیه وفاعل محرم إذا استفید الملاک من هذه الروایات، کما یکره استئمان غیر الأمین:

فعن حریز، قال: کانت لإسماعیل بن أبی عبد الله (علیه السلام) دنانیر، وأراد رجل من قریش أن یخرج إلی الیمن، فقال إسماعیل: یا أبه إن فلاناً یرید الخروج إلی

اليمن وعندى كذا وكذا دينار، أفترى أن أدفعها إليه يبتاع لى بها بضاعه من اليمن، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «يا بنى أما بلغك أنه يشرب الخمر»، فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس، فقال: «يا بنى لا تفعل»، فعصى إسماعيل أباه ودفع إليه دنانيره فاستهلكها ولم يأته بشىء منها. فخرج إسماعيل وقضى أن أبا عبد الله (عليه السلام) حج وحج إسماعيل تلك السنه، فجعل يطوف بالبيت ويقول: اللهم أجرنى واخلف على، فلحقه أبو عبد الله (عليه السلام) فهمزه بيده من خلفه وقال له: «يا بنى فلا والله ما لك على الله هذا، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته»، فقال إسماعيل: يا أبه إنى لم أره يشرب الخمر إنما سمعت الناس يقولون، فقال: «يا بنى إن الله عزوجل يقول فى كتابه: (يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين) يقول يصدق الله ويصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم، ولا تأتمن شارب الخمر، إن الله عزوجل يقول فى كتابه: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) وأى سفيه أسفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا يُزوَّج إذا خطب، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانه، فمن ائتمنه على أمانه فاستهلها لم يكن للذى ائتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه»((١)).

وعن أبى الجاورد، قال: قال أبو جعفر (عليه السلام): «إذا حدثتكم بشىء فاسألونى عن كتاب الله»، ثم قال فى حديثه: «إن الله نهى عن القيل والقال وفساد المال وكثره السؤال»، فقالوا: يا بن رسول الله وأين هذا من كتاب الله، فقال: «إن الله عزوجل يقول فى كتابه: (لا خير فى كثير من نجواهم) الآيه، وقال: (ولا تؤتوا السفهاء

١- الوسائل: ج١٣ ص ٢٣٠ الباب ۶ من الوديعه ح١

أموالكم التی جعل الله لکم قیاماً)، وقال: (لا تسألوا عن أشیاء إن تبد لکم تسؤکم)((١)) .

وعن أبی الربیع، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: قال النبی (صلی الله علیه وآله): «من ائتمن شارب الخمر علی أمانه بعد علمه فلیس له علی الله ضمان ولا أجر له ولا خلف»((٢)).

وعن مسعده بن زیاد، قال: سمعت أبا الحسن موسی (علیه السلام) یقول لأبیه (علیه السلام): «یا أبه إن فلاناً یرید الیمن أفلا أزوده بمال لیشتری لی بها عصب الیمن»، فقال: «یا بنی لا تفعل»، فقال: «ولم»، قال: «لأنها إن ذهبت لم تؤجر علیها ولم تخلف علیک لأن الله عزوجل یقول: (ولاتؤتوا السفهاء أموالکم التی جعل الله لکم قیاماً) وأی سفیه أسفه بعد النساء من شارب الخمر، یا بنی إن أبی حدثنی عن آبائه (علیهم السلام)، عن رسول الله (صلی الله علیه وآله) قال: «من ائتمن غیر أمین فلیس له علی الله ضمان لأنه قد نهاه الله عزوجل أن یأتمنه»((٣)).

وعن الراوندی روایته نحوه، إلاّ أنه قال فی أوله: «من ائتمن شارب الخمر فلیس له علی الله ضمان»((۴)).

وعن زید النرسی فی أصله، قال: سمعت أبا الحسن موسی (علیه السلام) یقول: قال أبی جعفر (علیه السلام): «یا بنی إن من ائتمن شارب خمر علی أمانه فلم یؤدها إلیه لم یکن له علی الله ضمان ولا أجر ولا خلف، ثم إن ذهب فیدعو الله علیه لم یستجب الله دعاءه»((۵)).

وعن حماد، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «فیمن شرب الخمر بعد أن حرمها الله علی

١- الوسائل: ج١٣ ص٢٣٠ الباب ۶ من کتاب الودیعه ح١ و ٢

٢- الوسائل: ج١٣ ص٢٣٠ الباب ۶ من کتاب الودیعه ح٣

٣- الوسائل: ج١٣ ص٢٣١ الباب ۶ من کتاب الودیعه ح۴

۴- الوسائل: ج١٣ ص٢٣١ الباب ۶ من کتاب الودیعه ح۵

۵- المستدرک: ج٢ ص۵٠۶ الباب ۵ من کتاب الودیعه ح١

لسان نبيه (صلى الله عليه وآله) ليس بأهل أن يزوج إذا خطب، وأن يصدق إذا حدث، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانه، فمن ائتمنه على أمانه فأهلكها أو ضيعها فليس للذى ائتمنه أن يأجره الله ولا يخلف عليه».

وقال أبو عبد الله (عليه السلام): «إنى أردت أن أستبضع بضاعه إلى اليمن فأتيت أبا جعفر (عليه السلام) فقلت: إنى أردت أن أستبضع فلاناً، فقال لى: أما علمت أنه يشرب الخمر، فقلت: قد بلغنى عن المؤمنين أنهم يقولون ذلك، فقال: صدقهم فإن الله عزوجل يقول: (يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين).

ثم قال: «إنك إن استبضعته فهلكت أو ضاعت فليس على الله أن يأجرك ولا يخلف عليك، فقلت: ولم، قال: لأن الله تعالى يقول: (ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً) وهل سفيه أسفه من شارب الخمر، إن العبد لا يزال فى فسحه من ربه ما لم يشرب الخمر، فإذا شربها خرق الله عليه سرباله، فكان ولده وأخوه وسمعه وبصره ويده ورجله إبليس يسوقه إلى كل شر ويصرفه عن كل خير»((۱)).

وعن يونس بن يعقوب قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قول الله: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) قال: «من لا يثق به»((۲)).

وعن إبراهيم بن عبد الحميد، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن هذه الآيه: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) قال: «كل من يشرب المسكر فهو سفيه»((۳)).

وعن دعائم الإسلام، عن الحسن بن على (عليه السلام)، أنه كتب إلى معاويه كتاباً يقرّعه فيه ويبكّته بأمور صنعها، كان فيه: «ثم ولّيت ابنك وهو غلام كان يشرب الشراب ويلهو بالكلاب، فخُنت أمانتك وأخربت رعيتك ولم تؤد نصيحه ربك، فكيف تولى

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۵ من کتاب الودیعه ح ۲
۲- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۵ من کتاب الودیعه ح ۳
۳- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۵ من کتاب الودیعه ح ۴

علی أمه محمد (صلی الله علیه وآله) من یشرب المسکر وشارب الخمر المسکر من المنافقین والفاسقین، وشارب الخمر المسکر من الأشرار لیس بأمین علی درهم فکیف علی الأمه»((۱)).

وعن الرضوی (علیه السلام): «وإیاک أن تزوج شارب الخمر» إلی أن قال: «ولا تأمنه علی شیء من مالک، فإن ائتمنته فلیس لک علی الله ضمان»((۲)).

وعن علی بن إبراهیم فی تفسیره، عن أبی الجارود، عن أبی جعفر (علیه السلام) فی قوله تعالی: **(ولا تؤتوا السفهاء أموالکم)**: «فالسفهاء النساء والولد، إذا علم الرجل أن امرأته سفیهه مفسده وولده سفیه مفسد لم ینبغ له أن یسلط أحداً منهما علی ماله الذی جعل الله له قیاماً یقول له معاشاً»((۳)).

وعن أبی حمزه الثمالی، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: «من عرف من عبد من عبید الله کذباً إذا حدث، وخلفاً إذا وعد، وخیانه إذا ائتمن، ثم ائتمنه علی أمانه کان حقاً علی الله أن یبتلیه فیها ثم لا یخلف علیه ولا یأجر»((۴)).

وعن الآمدی فی الغرر، عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) أنه قال: «ثلاثه مهلکه: الجرأه علی السلطان، وائتمان الخوان، وشرب السم»((۵)).

وقال (علیه السلام): «من علامات الخذلان ائتمان الخوان»((۶)).

وعنه (علیه السلام) أیضاً أنه قال: «أد الأمانه إذا ائتمنت، ولا تتهم غیرک إذا ائتمنته، فإنه لا إیمان لمن لا أمانه له»((۷)).

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۵ من کتاب الودیعه ح۵

۲- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۵ من کتاب الودیعه ح۶

۳- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۵ من کتاب الودیعه ح۷

۴- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۶ من کتاب الودیعه ح۲

۵- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۶ من کتاب الودیعه ح۳

۶- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۷ من کتاب الودیعه ح۱

۷- المستدرک: ج۲ ص۵۰۷ الباب ۸ من کتاب الودیعه ح۷

ثم الظاهر إنه يستحب ختم الشیء بخاتم العقیق إذا أرید حفظه.

فعن زید الزراد، قال: سمعت أبا عبد الله (علیه السلام) یقول: «یا جاریه اختمی علی السفط بخاتمی العقیق فإنه لا یزال محفوظاً حتی تؤدی إلینا ودیعتنا»((۱)).

وننقل فی تتمه الکلام روایه رواها ابن شهر آشوب وغیره بالنسبه إلی الودائع التی کانت تودع عند رسول الله (صلی الله علیه وآله) وافتری علیه وکشف الافتراء علی (علیه السلام) بتفریق الشهود:

وهی أن عمیر بن وائل الثقفی أمره حنظله بن أبی سفیان أن یدعی علی علی (علیه السلام) ثمانین مثقالاً من الذهب ودیعه عند محمد (صلی الله علیه وآله) وأنه هرب من مکه وأنت وکیله، فإن طلب بینه من الشهود فنحن معشر قریش نشهد علیه، وأعطوه علی ذلک مائه مثقال من الذهب منها قلاده عشره مثاقیل لهند. فجاء وادعی علی علی (علیه السلام) فاعتبر الودائع کلها ورأی علیها أسامی أصحابها ولم یکن لما ذکره عمیر خبر، فنصح له نصحاً کثیراً، فقال: إن لی من یشهد بذلک وهو أبو جهل وعکرمه وعقبه بن أبی معیط وأبو سفیان وحنظله، فقال (علیه السلام): مکیده تعود علی من دبرها، ثم أمر الشهود أن یقعدوا فی الکعبه، ثم قال لعمیر: یا أخا ثقیف أخبرنی الآن حین دفعت ودیعتک هذه إلی رسول الله (صلی الله علیه وآله) أی الأوقات کان، قال: ضحوه نهار، فأخذها بیده ودفعها إلی عبده، ثم استدعی بأبی جهل فسأله عن ذلک، قال: ما یلزمنی ذلک، ثم استدعی بأبی سفیان وسأله، فقال: دفعها عند غروب الشمس، وأخذها من یده وترکها فی کمه، ثم استدعی حنظله فسأله عن ذلک فقال: کان وقت وقوف الشمس فی کبد السماء

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۷ الباب ۸ من کتاب الودیعه ح۷ و ۶

وتركها بين يديه إلى وقت انصرافه، ثم استدعى بعقبه وسأله عن ذلك، فقال: تسلمها بيده وأنفذها فى الحال إلى داره وكان وقت العصر، ثم استدعى بعكرمه وسأله عن ذلك، فقال: كان بزوغ الشمس أخذها فأنفذها من ساعته إلى بيت فاطمه (عليها السلام)، ثم أقبل على عمير وقال له: أراك قد اصفر لونك وتغيرت أحوالك، قال: أقول الحق ولا يفلح غادر، وبيت الله ما كان لى عند محمد (صلى الله عليه وآله) وديعه وأنهما حملانى على ذلك، وهذه دنانير وعقد هند عليها اسمها مكتوب([(١)]).

ويستفاد من هذه الروايه عده أحكام شرعيه:

الأول: صحه تقبل المسلم وديعه الكافر.

الثانى: قبول شهاده الكافر على المسلم فيما إذا أودع عنده، وإلا فلا يمكن أن يقال للكافر أئت بالمسلمين يشهدون لك فيما إذا لم يكن المسلمون متوفرين.

الثالث: جواز وجود الشهود الأكثر من اثنين.

الرابع: إن الاختلاف بين الشهود يسقط شهادتهم.

الخامس: صحه القضاء والاستشهاد فى المسجد.

السادس: استحباب نصح المدعى زوراً.

السابع: إن الشاهد إذا لم يجب بالتفصيل كان له الحق فى ذلك إذا لم يكن أمر أهم.

الثامن: الوكيل كالأصيل فى سماع دعوى المدعى، وإلا كان للإمام (عليه الصلاه والسلام) أن يقول إن الرسول (صلى الله عليه وآله) لم يودع عنده وكفى بذلك رداً لهم.

١- المستدرك: ج٣ ص٢٠٢ الباب ١٥ من أبواب كيفيه الحكم والدعوى ح١

التاسع: حق القاضى فى تصديق الشهود واستبراء شهاداتهم.

العاشر: التوكيل فى جعل الودائع إلى غير المستودع إذا كان ارتكاز من المودع لجواز ذلك أو اضطرار من المستودع.

الحادى عشر: كتابه الأسامى على الودائع.

الثانى عشر: لزوم تحمل الرد إذا شهد الشهود وإن لم ير الوكيل الوديعه فى الودائع.

وهذا آخر ما أردنا إيراده فى هذا الكتاب، والله الموفق والمستعان.

سبحان ربك رب العزه عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

تم فى اليوم الثامن من شهر محرم الحرام من سنه ألف وأربعمائه وثمانيه فى قم المقدسه.

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

ص:٢٠٢

كتاب العاريه

اشاره

كتاب العاريه

ص:۲۰۳

بِسْمِ اللهِ الرَّحمٰنِ الرَّحِيمْ

الحَمْدُ للهِ رَبِّ العَالَمِين وَالصَلاَةُ وَالسَّلاَمُ عَلىٰ أَشْرَفِ خَلْقِهِ سَيدنَا مُحَمَّد وَعَلىٰ آلهِ الطيبينَ الطَّاهِرِينَ، وَاللعنَهُ الدَّائِمَهُ عَلىٰ أعدَائِهِمْ إِلىٰ قِيامِ يوْم الدِّينْ.

ص:٢٠۴

والأغلب أن تكون على أسلوب الشرائع.

قال في المسالك: (هي بتشديد الياء كأنها منسوبه إلى العار، لأن طلبها عار وعيب، ذكره الجوهري وابن الاثير في نهايته، وقيل: منسوبه إلى العاره وهي مصدر من قولك: أعرته إعاره، كما قال: أجاب يجيب إجابه، وأطاق إطاقه وطاقه، وقيل: مأخوذه من عار يعير إذا جاء وذهب، ومنه قيل للبطّال عيار لتردّده في بطالته، فسميت عاريه لتحولها من يد إلى يد، وقيل: مأخوذه من التعاور والاعتوار وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم، وقال الخطائي في غريبه: إن اللغه الغالبه العاريه بالتشديد وقد تخفف) انتهى.

والظاهر أنه يصح أن يكون ناقصاً يائياً أو واوياً، نحو سقا وساقيه وسواقي، وغزى وغازيه وغوازي، كما أنه يصح أن يكون أجوفاً واوياً من عوره، أو يائياً من عيره.

ولا شك باختلاف المعاني بسبب اختلاف الأصول، ولذا فالاحتمالات في الكلمه أكثر مما ذكره المسالك وتبعه الجواهر، والتاء باعتبار أنّها صفه محذوف أي العين العاريه، فحالها حال تاء وثيقه، والمشدد باعتبار النسبه، أما المخفف فالياء أصلي على وزن الغازي، لكن مزيده كأعار يعير ومعير ومعار يدل على أنه أجوف لا ـ ناقص، وإلا ـ صار أعرى كأرمى، يعرى كيرمي من باب الأفعال

فتأمل، ويجمع على عوارى.

قال الشاعر:

إنّما الدنيا عوارى

والعوالى مسترده

شده بعد رخاء

ورخاء بعد شده

ثم إنه يستحب إعاره المؤمن، فقد روى الغوالى عن ابن مسعود، عن النبى (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «إن الماعون المذكور فى الآيه الكريمه هو العوارى من الدلو والقدر والميزان»((۱)).

وعن جابر قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: «ما من صاحب إبل لا يفعل حقها فيها إلّا جاءت يوم القيامه أكبر ما كانت بقاع قرقر وتشد عليه بقوائمها وأخفافها»، قال رجل: يا رسول الله ما حق الإبل، قال: «حلها على الماء وإعاره ولدها وإعاره فحلها»((۲)).

أقول: إعاره الولد لأجل الدر، وإعاره الفحل لأجل النزو.

وعن دعائم الإسلام، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «القرض والعاريه وقرى الضيف من السنه»((۳)).

وعن الحسن بن على بن شعبه فى تحف العقول، عن الصادق (عليه السلام) أنه قال فى حديث: «وأما الوجوه الأربعه التى يلزم فيها النصفه من وجوه اصطناع المعروف فقضاء الدين والعاريه والقرض وإقراء الضيف واجبات فى السنه»((۴)).

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۷ الباب ۲ من أبواب کتاب العاریه ح۲
۲- المستدرک: ج۲ ص۵۰۷ الباب ۲ من أبواب کتاب العاریه ح۳
۳- المستدرک: ج۲ ص۵۰۷ الباب ۲ من أبواب کتاب العاریه ح۴
۴- المستدرک: ج۲ ص۵۰۷ الباب ۲ من أبواب کتاب العاریه ح۵

قال فى الشرائع: وهى عقد.

أقول: وإنما كـان عقـداً لأـن العرف يرونه كـذلك، وهو ميزان العقـد، كمـا أنه هو ميزان الإيقاع أيضاً، فلو كان العرف يرون أن الطلاق لا يتحقق إلاّ برضـى الطرفين كالنكاح كان عقـداً، كما هو متعارف الآن فى بعض البلاد الكافره، حيث لا يجعلون الطلاق إلاّـ بعـد رضـى الطرفين، كمـا أن العرف لو كان يرى الهبه إيقاعاً يملك الموهوب له الموهوب بـدون رضاه وقبوله، كما يملك الإنسان الإرث بدون رضاه وقبوله، لكانت إيقاعاً.

الفرق بين العاريه والإباحه

والفرق بين إباحه المنفعه حيث لا يحتاج إلى القبول، والعاريه باعتبار العقلاء للعاريه عقداً دون الإباحه، فالثمره وإن كانت واحده إلاّـ أن الاعتبار اثنان، وكما فى عالم الحقائق يمكن ترتب ثمره واحـده لموجودين حيث بينهما جامع، كـذلك فى عالم الاعتبار، وإنما اعتبرنا الجامع لما ذكروه من عـدم صـدور الواحـد إلاّ عن واحـد، وإن كان هـذه القاعده لا تأتى فى الأمور الاعتباريه لأنها خفيفه المؤنه، فإن الـدليل الذى ذكروه للقاعده من أنه (وإلاّ لزم صدور كل شـىء من كل شـىء) غير آت فى الأمور الاعتباريه، وإن كانت جاريه فى الأمور الانتزاعيه أيضاً لما لها نوع من الحقيقه.

ومما ذكر يظهر وجه النظر فى قول المسالك، حيث قال عنـد قول الشـرائع: (وهى عقـد ثمرته كذا، العقد اسم للإيجاب والقبول، وتعليق الثمره عليه يقتضـى أن للقبول مـدخلاً فيهـا مع أن التبرع بـالمنفعه إنمـا يتحقق بالإيجاب خاصه، لأن المتبرع إنما هو باذل العين لا المنتفع بها. ويمكن الجواب بأن القبول لما كان شـرطاً فى صـحه العاريه لم يتحقق الثمره بدونه، وإن بذلها المعير فإنه لو تبرع بالعين وأوقع الإيجاب فرده الآخر لم يحصل الثمره، وإن حصل التبرع بالمنفعه

فالمترتّب على العقد هو التبرّع على وجه يثمر، وذلك لا يتم بدون القبول) انتهى.

إذ قد عرفت أن الفارق هو الاعتبار لاـ ماذكره، وكأن الجواهر أراد الإشاره إلى ما ذكرناه، وإن لم تكن العباره وافيه، فإنه قال: (هى عقد يعتبر فيه إنشاء الربط بين الإيجاب والقبول، لا إيقاع يكفى فيه الإذن فى الانتفاع من المالك، إذ هو حينئذ من الإباحه التى منها الانتفاع بظروف الهدايا بالأكل ونحوه مما جرت السيره به، وانتفاع الضيف فى الدار والفرش والأوانى ونحوها لا العاريه المزبوره، اللهم إلاّ أن يقصد ذلك لضيف مخصوص ويقبله قولاً أو فعلاً بهذا العنوان) ((١)).

نعم ذكر الجواهر بعد ذلك ما هو أصرح حيث قال: (إن التحقيق فى الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد الذى هو المشخص فى اندراج الفرد فى مفهومه نحو تشخيصه الفعل المشترك، إذ ليس فرق فى العقد بين الصلح عن العين الجامعه لشرائط البيع مثلاًـ وبين بيعها بالنسبه إلى إنشاء قصد النقل بعوض معلوم فى كل منهما إلاّ بقصد الصلحيه أو البيعيه المدلول عليهما بذكر الصيغه أو غيره من القرائن، وكذا بالنسبه إلى الفرق بين الصلح على المنفعه التى تتعلق بها الإجاره وبين عقد الإجاره، وكذا ما نحن فيه).

وممّا تقدم ظهر وجه النظر فى كلام المسالك فى جوابه عن إشكال نقض طرد التعريف بالسكنى والعمرى والحبس والوصيه بالمنفعه، قال فى وجه الإشكال: (فإن هذه كلها عقود تثمر التبرع بالمنفعه، وأجيب بأنها فى معنى العاريه وإن كانت لازمه، وغايته انقسام العاريه إلى جائزه ولازمه، كالإعاره للرهن وفيه نظر، لأن هذه العقود فى الاصطلاح متباينه مختلفه اللوازم والصيغ، فإدخال بعضها فى بعض بمجرد المشاركه فى بعض الخواص اصطلاح مردود.

١- جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٥٦

ولو أضيف إلى ذلك قيد الجواز فقيل ثمرته التبرع بالمنفعه مع بقاء الجواز ونحوه، خرجت هذه العقود وبقيت السكنى المطلقه، فإنه يجوز الرجوع فيها متى شاء المسكن كما سيأتى، وقد يلتزم فيها بأنها لتحقق المعنى فيها مطلقاً ولا يقدح الصيغه لأن العاريه لا يختص بلفظ، بل كل ما دل على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعاً.

والسكنى المطلقه يقتضى ذلك، ولكن تبقى العاريه اللازمه خارجه فيحتاج إدخالها إلى قيد آخر، والتزام جواز الرجوع فيها بالنسبه إلى المستعير وإن لم يؤثر بالنسبه إلى المرتهن، وتظهر الفائده فى وجوب السعى على الراهن فى تخليصها بما أمكن ووجوب المبادره إلى ردها عند الفك على الفور بالمطالبه السابقه، ولو قلنا إنه لا أثر لها وإنها لازمه من طرفه مطلقاً انتفت هذه اللوازم، والأول ليس ببعيد من الصواب، إذ لا دليل على لزومها بهذا المعنى) انتهى.

إذ قد عرفت أن الفارق هو الاعتبار لا سائر الأمور، حتى لو أن النتيجه كانت واحده لم يضر ذلك باختلاف الاعتبار، والاعتبار فى عالمه يمكن أن يكون لفردين منه أثر واحد، كما يمكن أن يكون لوجودين فى عالم الوجود أثر واحد، مع ما عرفت من الفارق بأن فى الوجودين يجب وجود الجامع بينما وليس كذلك فى عالم الاعتبار.

تعاريف الفقهاء

أمّا جواب الجواهر عن المسالك بقوله: (قد ذكرناه غير مره أن أكثر التعاريف للأصحاب فى أكثر المعاملات يشبه التعاريف اللغويه التى يراد منها التمييز فى الجمله، لا تمام الاطراد والانعكاس، فمن الغريب نقض طرد تعريف المصنف هنا بالسكنى والعمرى والحبس والوصيه بالمنفعه، وأغرب منه التزام الجواز فى ذلك وأنها فى معنى العاريه وإن كانت لازمه، وغايته انقسام العاريه إلى

جائزه ولازمه كالإعاره للرهن، ضروره كون هذه العقود فى الاصطلاح متباينه مختلفه اللوازم والصيغ، فإدخال بعضها فى بعض بمجرد المشاركه فى بعض الخواص اصطلاح مردود) انتهى.

فقد عرفت ضعفه، إذ ليس الكلام فى التعريف، وإنما الكلام فى الحقيقه، بالإضافه إلى أن نقض بعضهم لبعض فى التعاريف ورد بعضهم النقض عن بعض يدل على أنهم يريدون تعريف الجامع المانع.

وأما قوله السابق الذى أشرنا إليه حيث قال: (التحقيق فى الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد) إلخ، فهو خروج عن الجواب إلى غير موقعه، لأن الأمر فى الفرق، والقصد تابع للفرق يعنى يلزم أن يكون هناك مفهومان حتى يقصد هذا مره ويقصد هذا مره، فالفارق الاعتبار لا القصد، وإن كان القصد تابعاً للاعتبار، إذ فى المقام ثلاثه أمور: مفهوم وقصد وإثبات فى الخارج، فالمراد بالمفهوم الاعتبار العقلائى، والمفهوم صفه منتزعه من الأمر الاعتبارى.

وعلى أى حال فمما تقدم ظهر الفرق بين العاريه وبين القرض، وبينها وبين الوديعه المأذون التصرف فيها.

أما مسأله الجواز واللزوم المذكور فى كلام المسالك، فلا يخفى أنهما أمران خارجان لا ربط لهما بحقيقه الاعتبار، ولذا قال الجواهر: والجواز واللزوم إنما هما أمران خارجان، والتحقيق أن بناءها على الجواز الذى لا ينافيه عروض اللزوم من جهه أخرى كتعلق حق الغير ونحوه، كما لا ينافى لزوم البيع الجواز له بسبب من أسباب الخيار، وقد تبع الجواهر فى ذلك الشيخ فى المكاسب فى جعله الجواز واللزوم أمراً خارجاً عن حقيقه المهيه.

ثم إن الظاهر أن العاريه كسائر العقود تقع بالإيجاب والقبول اللفظيين

والعمليين، أو كون أحدهما لفظياً والآخر عملياً، لأن كل ذلك يسمى بالعقد، فلو قال إنسان: أيها الناس أعيركم كلما تريدون من أثاثي، وجلس في محله فجاءه إنسان وآخر وثالث وهكذا يأخذون منه أشياء بعنوان العاريه وهو يعطيها إياهم كان عاريه عرفاً، كما إذا كان هناك لفظ منهما، أو كان لفظ من أحدهما وفعل من الآخر.

الانتفاء بظروف الهدايا

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (هي على حسب ما سمعته في العقود اللازمه تقع بالإيجاب والقبول اللفظيين، وهما العقد بالمعنى الأخص، وربما قيل منه أيضاً ما إذا كان القبول فعلياً، وأما إذا كانا فعليين أو كان الإيجاب فعلياً فهو من المعاطاه، بناءً على مشروعيتها فيها بدعوى السيره المستمره بعنوان العاريه، وإن كان الأقوى أنها إباحه لا بعوض كما سمعته مراراً. وأما احتمال أنها من العقد فلا ينبغي أن يصغى إليه، فمن الغريب دعوى بعضهم أن الانتفاع بظروف الهدايا من العاريه لأنه انتفاع بملك الغير بإذنه، وإن لم يكن لفظ بل بشاهد الحال، ضروره عدم الاكتفاء بذلك في تحقق العاريه من دون إنشاء قصدها من الطرفين، وجواز الانتفاع بالإذن أعم منها كما هو واضح، وخصوصاً ما لو كان بطريق الفحوى القطعيه أو بشاهد الحال) انتهى.

إذ لا وجه لعدم جعلها عقداً إذا كان القصد منهما العاريه، فإنه لا فرق عند العرف بين اللفظ والكتابه والفعل.

نعم خرج مثل النكاح والطلاق بالدليل الخاص من إجماع ونحوه، ولذا قال في الرياض: (يشترط فيها ما يدل على الإيجاب والقبول وإن لم يكن لفظاً، كما لو فرش لضيفه فراشاً فجلس عليه، وكأكل الطعام من القصعه المبعوث فيها، وفاقاً لجماعه لجريان العاده بمثله، ومنهم من اشترط لفظاً كما في نظائره وهو

أوفق بالأصـل الـدال على حرمه التصـرف فى مـال الغير بغير القطع بـإذنه حيث لاـ يحصـل من جهه العقـد، إلاّ أن العاده فى نحو الأمثله المـذكوره ربما أفاد القطع به، ولا شـبهه مع الإفاده، ولا دليل على اعتبار اللفظ فى هـذه الصوره بعـد أن العاريه من العقود الجائزه، ومع عدمها فمحل إشكال، وإن أفادت الظنه حيث لا دليل على اعتبارها، ويخصص الأصل بها فى نحو المسأله) انتهى.

نعم لاـ إشـكال فى أنه لاـ يكفى الظن، لأـنه يلزم القطع بـالظهور حتى يحكم بـالمراد، كمـا حقق فى الأـصول، فاللازم أن يكون هنالك لفظ أو كتابه أو إشاره أو فعل قطعى الدلاله على العاريه.

ولـذا قال فى الرياض: (ينقـدح وجه القدح فيما حكى عن التذكره من الاكتفاء بحسن الظن بالصديق فى جواز الانتفاع بمتاعه إن لم يقيـد بكون منفعته ممـا يتنـاوله الإـذن الوارد فى الآـيه بجواز الأكـل من بيته بمفهوم الموافقه، ولاـ كـذلك لو قيـد به لاسـتناد الرخصه فى المقيد حقيقه إلى الآيه لا إلى نفس حسن المظنه، ومنه يظهر وجه تعدى الجواز إلى الأرحام الذين تناولتهم الآيه فى الصوره المذكوره) انتهى.

ولاـ يخفى أنه فى المقـام خلط بين عـالم الإثبـات وعـالم الثبوت، فليس الكلاـم فى الظهور وعـدم الظهور، وإنمـا الكلام فى أن العـاريه هـل تحقق بالمعاطـاه أم لا، والإذن الشـرعى أو المالكى فى الانتفاع ليس معناه العاريه، ولـذا قال فى الجواهر: (الإذن فى الانتفـاع بأعيـان الصـديق المفهوم من فحوى الإـذن شـرعاً بالأكل من بيته مع التسـليم ليس من العاريه قطعاً، وإنما هو من الإباحه الشـرعيه على حسب الحال فى غيره من البيوت التى قـد تضـمنتها الآيه، نعم قـد يسـتفاد من ذلك التسامـح فى عقـد العاريه التى ثمرته إباحه المنفعه التى اكتفى فيها بشاهد الحال

ونحوه، كما أومأ إليه الفاضل فى التذكره) انتهى.

وكيف كان، فإذا جعل العاريه فى قبال العاريه لم يكن بذلك بأس للعرفيه، فيشمله الأدله بعد عدم الدليل على المنع، فإشكال الجواهر فيه، حيث قال: (مما ذكرناه تعرف ما فى جمله من كلام الأعلام حتى ما أورده بعضهم هنا على التعريف بأنه ينتقض بأعرتك حمارى مثلاً لتعيرنى فرسک، لعدم التبرع فيه، إذ هو كما ترى، ضروره أنه إذا فرض إراده العوضيه فيه على وجه ينافى التبرع لم يكن عاريه صحيحه وإلا فلا ينافى التبرع) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ أى مانع فى إراده العوضيه بعد تحقق المفهوم عرفاً، فإن وقوع العاريه فى مقابل العاريه بمعنى الاعتبار فى مقابل الاعتبار، غير وقوع الانتفاع فى مقابل الانتفاع، أو الشىء فى مقابل الشىء، والمنافى للعاريه هما الأمران الأخيران، لا الأمر الأول.

العاريه تقع بكل لفظ

وقد ظهر مما تقدم عدم ورود الإيرادات التى أوردها جامع المقاصد على عباره القواعد، حيث قال فى القواعد فى عقد العاريه: أنه كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مده معينه وثمرته التبرع بالمنفعه، فقال فى جامع المقاصد: (إنه يرد عليه إيرادات:

الأول: إن قوله: إن ثمرته التبرع، إن كان جزء التعريف انتقض فى عكسه بأعرتک حمارى لتعيرنى فرسک، وإلا انتقض فى طرده بالإجاره.

والثانى: إنه ينتقض بالسكنى والرقبى والحبس والعمرى والوصيه بالمنفعه.

والثالث: إن الثمره المذكوره حاصله بالإيجاب لا بمجموع الإيجاب والقبول، فلا تكون ثمرتهما معاً).

ثم قال: (ويمكن الجواب عن الأول بكونه جزءاً، ولا يرد ما ذكر لأن هذا الفرد من العاريه مقتضاه التبرع، وإنما جاء العوض من أمر زائد

ص:۲۱۳

على العقـد وهو الشـرط، فـإنه عقـد مع شـرط)، ثم قـال: (وأجيب عن الثـانى بمـا لاـ يـدفع، والأولى أن يزاد فى التعريف مع بقاء الجواز) انتهى.

إذ قـد عرفت أن العاريه اعتبار خاص، وبذلك لا ينتقض بالنقوض المذكوره، كما أن الثمره المذكوره ليست حاصـله بالإيجاب، بل بمجموع الإيجاب والقبول.

وعلى أى حال، فقد قال فى الشرائع: (ويقع بكل لفظ يشتمل على الإذن فى الانتفاع).

وقـال فى الجواهر فى شـرحه: (بعنوان العـاريه من طرف الموجب، ويـدل على قبول ذلـك من طرف القابـل، وأما معاطاتها فبغير ذلك إلّا فى صوره فعليه القبول ولفظيه الإيجاب فقد عرفت احتمال كونها من العقد أيضاً).

أقول: ما ذكره الشرائع هو مقتضى القاعده، وإضافه الجواهر بعنوان العاريه كما ذكره، كما أنه هو المنصرف من إطلاق الشرائع.

ثم إنك قد عرفت مجىء المعاطاه فيها أيضاً، ولذا الذى ذكرناه قال فى القواعد: (ولا يختص لفظاً ولا يشترط القبول نطقاً)، لكن لاـ يخفى أن فى قوله: (لاـ يشترط القبول نطقـاً) توهم أنه يشترط فى الإيجـاب النطق، بـل فى مفتـاح الكرامه: (إنه ظـاهر عبارات الأـكثر)، ثم قال: (تسـميه ما خلا عن القول إيجاباً وقبولاً عقـداً مما لا يصـغى إليه)، لكنك قـد عرفت ما فيه، وقـد تقـدمت عباره التذكره الداله على ما اخترناه.

مسأله ۱: العاریه عقد جائز

(مسأله ۱): قال فی الشرائع: ولیس بلازم لأحد المتعاقدین.

وفی المسالک: کون العاریه من العقود الجائزه، لکل من المتعاقدین فسخه متی شاء موضع وفاق.

وفی الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده، بل لعل الإجماع بقسمیه علیه، من غیر فرق بین الموقت وغیره.

خلافاً للمحکی عن ابن الجنید من الحکم باللزوم من طرف المعیر فی إعاره الأرض القراح مده للغرس أو البناء، ولا ریب فی ضعفه.

لکن فی المسالک: یستثنی منه مواضع:

الأول: الإعاره للرهن بعد وقوعه.

الثانی: إعاره الأرض لدفن میت مسلم ومن بحکمه، فإنه لا یصح الرجوع بعده لتحریم نبشه وهتک حرمته إلی أن یندرس عظامه، وهو موضع وفاق أیضاً، نقله فی التذکره، أما لو رجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع المیت صح، وکذا بعد وضعه وقبل مواراته علی الأقوی.

قال فی التذکره: ومؤنه الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمه لولی المیت، ویشکل فیما لو لم یمکنه الدفن إلّا کذلک، إذ لا تقصیر منه حینئذ، فینبغی کونه من مال المیت، ولا یلزم ولی المیت الطم، لأن الحفر مأذون فیه.

الثالث: إذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعیر لا یستدرک، کما لو أعاره لوحاً یرقع به السفینه فرقعها به ثم لجج فی البحر، فإنه لا یجوز للمعیر هنا الرجوع ما دامت فی البحر، لما فیه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال أو تلف النفس، ویحتمل جوازه ویثبت له المثل أو القیمه مع تعذر المثل، لما فیه من الجمع بین المصلحتین، أو یقال بجواز الرجوع وإن لم یجب تعجیل التسلیم إلیه.

وتظهر الفائده فى وجوب المبادره بالرد بعد زوال الضرر من غير مطالبه جديده، كما تقدم فى الاستعاره للرهن، ولو لم يدخل السفينه البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعاً، ولو كانت داخله لكن أمكن رجوعها إلى الشاطئ وجب إذا لم يتوجه على صاحبها ضرر.

الرابع: أن يعير حائطاً ليضع عليه أطراف خشبته مع كون الطرف الآخر مثبتاً فى ملك المستعير، فإنه إذا بنى فأدى الرجوع إلى خراب ما بناه المستعير لم يجز عند الشيخ، وإن دفع الأرش لأنه يؤدى إلى قلع جذوعه من ملكه مجبراً وهو غير جائز.

الخامس: أن يعيره الأرض للزرع فليس له الرجوع فيها قبل إدراكه وإن دفع له الأرش، لأن له وقتاً ينتهى إليه، وقد أقدم عليه فى ابتداء الإعاره عند الشيخ وابن إدريس.

السادس: أن يعيره الأرض فيبنى فيها أو يغرس مده معلومه، فإنه لا يجوز الرجوع فيها طول المده، ولو كانت غير موقته له الرجوع، ذهب إلى ذلك ابن الجنيد، والأقوى فى هذه الثلاثه جواز الرجوع مطلقاً مع دفع الأرش، وانما يستثنى من القاعده الثلاثه الأول خاصه _ انتهى.

أقول: أما أنه عقد جائز مع أن مقتضى (أوفوا بالعقود)(1) لزوم كل عقد، فلأمرين:

الأول: الإجماع.

والثانى: السيره.

ويؤيد الجواز روايه الدعائم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «العاريه لمن أعارها، ولا يملك المستعير منها شيئاً إلّا ما ملكه المعير وأباحه له، ولا يزول شيء

۱- سوره المائده: الآيه ۱

من ملكه منها بعاريته إياها»((١)).

فإن قوله (عليه الصلاه والسلام): «وأباحه له» مشعر بأنه إباحه، فكما أن في الإباحه لكل منهما الرجوع فكذلك في العاريه.

وفي روايه أخرى عن الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه سئل عن الجار يأذن لجاره أن يحمل على حائطه هل له إذا شاء أن ينزع ذلك الحمل، قال: «إذا أراد أن ينزعه لحاجه نزلت به لا يريد بذلك الضرر فذلك له، وإن كان إنما يريد الضرر لغير حاجه منه إليه فلا أرى أن ينزعه».

فإن الروايه بعد تنزيلها على وجود الضرر وعدمه لا على الإراده، لأن الإراده تستعمل في الفعل مثل قوله سبحانه: (إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس)((٢))، كما أن الفعل يستعمل في الاراده، كقوله سبحانه: (إذا قمتم إلى الصلاه)((٣))، كما ذكره في (المغني)، يدل على أن المعير له النزع.

لا يقال: إذا كان جائزاً فما معنى كونه عقداً.

لأنه يقال: المراد بالعقد الاحتياج إلى الطرفين، بخلاف الإيقاع حيث لا يحتاج إلى الطرفين.

الاستثناء من جواز العاريه

أما الاستثناءات المذكوره، فالظاهر أنها ليس من الاستثناء في شيء، وإنما هو لدليل خارج، وقد ذكرنا الكلام في الرهن في كتابه.

أما إعاره الأرض لدفن الميت المسلم ومن بحكمه، فمقتضى الجمع بين دليل جواز الإعاره وحرمه النبش أن له الرجوع، وبعده يلزم عليه إعطاء الأجره،

١- الدعائم: ج٢ ص٤٨٩ الباب ١ من كتاب العاريه ح١٧٤٦
٢- الأحزاب: الآيه ٣٣
٣- المائده: الآيه ٦

وكذلك الحال فى إعاره لوحه للسفينه أو إعاره السفينه أو السياره ويريد استرجاعها فى وسط الطريق حيث يتضرر الركاب.

وكذلك لو أعاره سكيناً لإجراء عمليه جراحيه، وفى أثناء العمل يريد استرجاعها بما يوجب الضرر على المريض، إلى غير ذلك من الأمثله الكثيره مما يتبين منها أن الاستثناء المذكور ليس خاصاً بالأمثله التى ذكروها، وإنما يلزم أن يستثنى الجميع، أو يقال: بأن الجميع لا ينافى الجواز، فإذا استرجع المعير عاريته يلزم الجمع بين الحقين.

ولذا قال فى الجواهر بعد ذكر بعض الأمثله المذكوره: (إن الجميع كما ترى، ضروره عدم اقتضاء امتناع فسخ الارتهان الواقع بإذن المالك، وحرمه النبش والإضرار بالغير برجوع العين، لزوم العقد ضروره إمكان بقاء العقد على الجواز وتحقق الانفساخ، وإن منع مانع خارجى من رد العين إلى مالكها كما لو فرض فى بعض أمثله الإجاره التى فسخت بتقايل أو خيار أو نحو ذلك، فإنه لا إشكال فى تحقق الفسخ حينئذ، وإن منع من رد العين مانع آخر، وربما ترتب له الإجاره فى بعض الأفراد.

وبالجمله إن دعوى لزوم عقد العاريه فى الأمثله المزبوره واضحه الفساد فلا حظ وتأمل، ويمكن إراده مدعى اللزوم فيها أو فى بعضها عدم السلطنه على العين وتفريغها مما فيه لوجود المانع منه لا إراده لزوم نفس العقد، وبهذا الاعتبار استثناه، بل لعل ذلك مقطوع به إذ احتمال أن لهم دليلاً على اللزوم لم يصل إلينا فى غايه البعد، خصوصاً بعد تصريح بالاستدلال على اللزوم بما عرفت مما لا يقتضى لزوم العقد) انتهى.

أما بقيه الفروع التى ذكرها العلامه فى التذكره فى مسأله الإعاره لدفن الميت

ص:۲۱۸

المسلم ومن بحكمه فهى كما ذكره.

ومن قبيل ما يجمع بين الحقين بعدم إرجاع العاريه مع حق المعير فى الأجره ما إذا أعطى شبكته للصيد أو داره للسكنى أو ما أشبه وفى الأثناء استرجعها، ولا يمكن المستعير الإرجاع لضرر أو حرج أو ما أشبه، فإن له أن يبقى العين عند نفسه مع إعطاء الأجره للمعير، كما ذكرنا تفصيل ذلك فى كتاب الرهن.

ثم لو فسخ المعير ولم يوصل الخبر إلى المستعير عمداً، أو لعدم قدرته عليه، لم يكن تصرف المستعير حراماً ولا موجباً للضمان، للمناط فى قاعده ما لا يضمن، ولأنه أهدر ماله بإعارته فيكون كمن أباح الماء للشاربين ثم استرجع فى إباحته ولكن لم يوصل الخبر لهم، لأنه حيث دخل على أن لا حرمه لماله يبقى كذلك إلى أن يعلم المستبيح، فلا يشمله «لا يتوى» و«على اليد» وما أشبه.

ولو أعلمه المعير لكن حيث إن تضرر المستعير صار بسببه، كما لو أراد السفر مجاناً من النجف إلى كربلاء بسياره إنسان يبيحها له، لكن المعير سبق وأعاره سيارته، مما لو لم يفعل ذلك استعار المستعير سياره غيره، ثم فى أثناء الطريق قال له: استرجعت فى إعارتى فعليك الأجره، فلا يبعد عدم حقه لدليل «لا ضرر» وإن كان فيه تأمل.

أما لو أرجع المستعير العاريه، فإن تمكن أن يوصلها إليه أو إلى وكيله أو إلى الحاكم الشرعى لزم، وإلا لم يبعد ضمانه فيما ينتفع به، كاللبن والثمر وأجره الدار وما أشبه، للقاعده الأوليه بعد انتهاء العاريه بالفسخ.

مسأله ۲: إذن الولی للصبی والمجنون

(مسأله ۲): قال فی الشرائع: یشترط فی المعیر أن یکون مکلفاً جائز التصرف، فلا یجوز إعاره الصبی ولا المجنون.

أقول: وذلک لما عللوه بسلب عبارتهما وفعلهما فی المعاملات وغیرها کالقضاء ونحوه، وسلب العباره إنما یفهم من رفع القلم، فإن معنی رفع القلم أنهما لا ـ شأن لهما إطلاقاً، فلا یصح إعارتهما لمالهما ولا لمال غیرهما ممن أعطی التولیه لهما، لأنهما غیر قابلین للولایه، للمناط فی کونهما مولی علیهما، والمولی علیه إذا لم تصح ولایته لنفسه لم تصح ولایته لغیره.

وأضاف فی القواعد قوله: (ولا المحجور علیه لسفه أو فلس، وعللوه بأن الإعاره هو تصرف فی المال والتصرف غیر جائز).

لکن فی الجواهر بعد قوله: وکذا لا یصح إعاره المحجور علیه لفلس أو سفه قال: (بناءً علی عدم جواز مثل هذا التصرف لهما، وکأنه أراد الإشاره إلی احتمال جواز مثل هذا التصرف فی الشؤون التی هی خارجه عن الفلس، مثل أن یعطی المفلس إناءه عاریه لزید لیشرب فیه الماء، أو بساطه له لیجلس علیه ولو مقدار ساعه أو ما أشبه، فإن دلیل الحجر لا یشمل مثل ذلک، سواء فی المفلس أو السفیه، لانصراف الأدله عن مثل هذه التصرفات.

نعم لا إشکال فی عدم جواز التصرفات التی لا تنصرف عنها الأدله، مثل أن یعطی السفیه بستانه أو داره إعاره لزید لمده سنه، وکذلک مثل ذلک فی المفلس، وعلی أی حال، فالحکم دائر مدار انصراف الدلیل وعدمه.

ثم إن الشرائع قال: ولو أذن الولی جاز للصبی مع مراعاه المصلحه.

وفی مفتاح الکرامه أنه قال: فی الإرشاد إنما تصح من جائز التصرف، ولو أذن الولی للطفل صح أن یعیر مع المصلحه، وقد صرح فیهما، وفی التحریر

واللمعه وغيرها أنه يجوز للصبى أن يعير إذا أذن له الولى، وقيـده فى التحرير بما إذا كان مميزاً، ومن الواضح أن مراد غيره أيضـاً المميز، إذ غير المميز كالحيوان أو أسوأ منه.

والظاهر أن ما ذكروه هو مقتضى القاعده خصوصاً للصبى الذى تجوز صدقته وعتقه ووصيته، فإن المناط فى ذلك آت هنا.

لأن أدله الحجر لا تشمل مثل ذلك، بل ذكرنا فى كتاب الحجر أن مقتضى قوله سبحانه وتعالى: (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح)([١]) جواز بعض المعاملات الأخر بالنسبه إليهم، فإن أدله المنع قاصره عن شمول هذه المعاملات الجزئيه، ويؤيده السيره المستمره من غير فرق بين أن يفعل فى مال نفسه أو يفعل فى مال غيره بالإجازه.

ومنه يظهر وجه النظر فى تفصيل الجواهر حيث قال بعد قوله: ولعله للسيره المعتضده بهذه الكلمات للأصحاب وإرسالهم إرسال المسلمات، قال: (ولكن ينبغى حينئذ اختصاص ذلك بإذن الولى فى عاريه ماله مثلًا، أما توليتها عن غيره فلا يجوز) انتهى.

بل قد عرفت أنه لا حاجه إلى إذن الولى، ولذا يتعارف لصبيان المدارس إعاره أقلامهم وما أشبه لزملائهم من غير نكير من أحد من المتشرعه.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى قول مفتاح الكرامه، حيث قال: (وذلك لأن المدار فى العاريه ونحوها من العقود الجائزه على رضى المالك، وهو هنا الولى فإذنه للصبى بمنزله الإيجاب، والعبره هنا بإذنه لا بعباره الصبى. وعلى هذا، لا فرق بين المميز وغيره، ولا بينه وبين المجنون، فلا وجه لتخصيص

١- النساء: الآيه ۶

الصبی بالـذکر وخصوصـاً الشـرائع، فـإنه ذکرهمـا فیها أولاً وخصه ثانیاً، ومما ذکر یعرف الفرق بین العقود الجائزه واللازمه، فإن الضابط فی اللازمه أن تکون بعبارات مخصوصه مقرره معتبره، بمعنی أن تکون عن بالغ عاقل، وفی العقود الجائزه مجرد حصول الإـذن ولو خلی عن العباره بالکلیه، فمناقشه بعضـهم فی الفرق وقول آخر أنه لا یبعـد أن تعتبر أقوالهم فی العقود اللازمه إذا أذن الولی، مما لا یصغی إلیهما) انتهی.

فـإن فیه مواقع للنظر کمـا لاـ یخفی، إذ لیس الطفل آله محضه کالحیوان، ولا دلیل علی الفرق بین العقـد الجائز واللازم، کما أن العقد الجائز لیس مجرد إذن فقط.

کما ظهر وجه النظر فی قول الریاض أیضاً حیث قال: (لا یجوز إعاره فاقد الشرائط، کالصبی والمجنون والسفیه ونحوهم إلاّ بإذن الولی بالإعـاره لمـالهم أو مـاله، لأن المعتبر إذن الولی وهو المعیر فی الحقیقه، حیث حصل منه الرخصه، ولا کـذلک الحکم فی إذنه للمجنون والصبی فی إیقـاع نحو البیع ممـا یشترط فیهـا الألفـاظ المعتبره، ولاـ یکتف فیهـا بـإذن الولی خـاصه لعـدم الاعتبار بعبارتهما، وإن کانت بإذن الولی مقرونه) إلی آخر کلامه المشابه لکلام مفتاح الکرامه المتقدم.

وکأن الجواهر أشار فی کلامه إلی کلامهما حیث قال فی رد من أجاز ذلک: (إن الإذن لا یجعل المسـلوب غیر مسلوب کما هو مفروغ منه فی غیر المقـام، وکون العاریه من العقود الجائزه لا یقتضـی ذلک، وإلا لجازت مضاربته ووکالته بإذن الولی، ودعوی کون الإذن من المالک بمنزله الإیجاب منه، لأن المـدار فی العاریه علی رضـی المالک وهو الولی هنا، یدفعها عدم الفرق حنیئذ بین الممیز وغیره، بل وبینه وبین المجنون، بل بین هذا العقد وغیره من العقود الجائزه، بل وبینه وبین

المعاطاه فی البیع وغیره، ضروره رجوع ذلک إلی کون الصبی حینئذ آله، والإیجاب والإنشاء بفعل الولی الذی هو الإذن وإرسال الصبی ونحو ذلک. نعم ینبغی اعتبار قصد الولی إنشاء الإیجاب بذلک، وهو خلاف ظاهر العبارات السابقه المبنیه علی اختصاص العاریه بهذا الحکم ولو بجعل إذن الولی وأمره فعل الصبی فعلاً للولی، کما جعل أمره له بأفعال الحج موجباً للصحه فی الجمله) انتهی.

وعلی أی حال، فقد عرفت مما تقدم وجه النظر فی قول الشرائع بعد عبارته المتقدمه: (وکما لا یلیها عن نفسه، کذا لا یصح ولایته عن غیره) فإنک قد عرفت صحه تولیتها عن نفسه وعن غیره فیما جرت السیره علی ذلک.

ثم إنه یجوز للمستعیر الأخذ من الطفل فیما له التصرف فیه علی ما ذکرناه، أما من یقول بالاحتیاج إلی إذن الولی فإنه لا یصح للمستعیر الأخذ إلّا إذ علم بإذن الولی، ولذا قال فی الریاض: (هذا إذا علم المستعیر بإذن الولی وإلا لم یقبل قول الصبی فی حقه إلاّ ـ أن تنضم إلیه قرینه هی للظن المتاخم للعلم به مفیده، کما إذا طالبها من المولی فجاء بها الصبی مثلاً وأخبر أنه أرسله بها ونحو ذلک، کما یقبل قوله فی الهدیه والإذن فی دخول الدار بالقرینه).

أقول: ومراده بالظن المتاخم للعلم: العلم العادی، وإلا فالظن لیس بحجه، أما قوله بعد ذلک: (ولابد مع إذن الولی لهما فی إعاره مالهما من وجود المصلحه، بأن تکون ید المستعیر أحفظ من ید الولی فی ذلک الوقت، أو انتفاع الصبی بالمستعیر بما یزید عن منفعه ماله، أو تکون العین ینفعها الاستعمال ویضرها الإهمال ونحو ذلک) انتهی.

فقد عرفت فى كتاب النكاح والحجر وغيرهما أن المعيار عدم المفسده لا المصلحه، اللهم إلّا أن يريد بالمصلحه عدم المفسده، لكنه لا يلائم قوله: (أحفظ من يد الولى) إلى آخر العباره.

ص:٢٢۴

مسأله ۳: شرائط المستعير

(مسأله ۳): يشترط فى المستعير أن يكون أهلاًـ للاستعاره، فلا يصح أن يكون صبياً غير مميز ولا مجنوناً، أما الصبى المميز فقد عرفت الكلام فيه فى المعير.

ولو استعار غير المميز أو المجنون فأعاره عالماً أو جاهلاً بنقصهما، ففى ضمانهما ما تقدم فى كتاب الوديعه.

وفى القواعد قال: شرط المستعير أن يكون معيناً.

وفى مفتاح الكرامه: (فلو قال له: أعرت أحد هذين لم يصح، كما فى التذكره وجامع المقاصد، قال فى التذكره: لعدم التعيين وكل واحد لا يتعين للإجازه لصلاحيه الآخر لها، واستباحه منافع الغير لا يكون إلا بوجه شرعى، لأن الأصل تحريم منافع الغير على غيره إلاّـ بإذنه ولم يثبت، ولو عمم المستعير جاز، سواء كان التعميم فى عدد محصور كقوله: أعرت هذا الكتاب لهؤلاء العشره، أو فى عدد غير محصور كقوله لكل الناس، أو لأى أحد من أشخاص الناس، أو لمن دخل الدار، وبالجمله الكلى معين، وإن لم يكن عاماً كأى رجل وأى داخل وأحد الشخصين مجهول) انتهى.

أقول: الجهل قد يكون فى المعير، وقد يكون فى المستعير، وقد يكون فى المستعار، وقد يكون فى الخصوصيات، كما إذا أعاره الكتاب لشهر صفر أو شهر الربيع، فإن كل واحد من الثلاثه معلوم وإنما المجهول بعض المتعلقات، وكذلك إذا أعاره الدابه لأن يركب عليها أو يحمل عليها، إلى غير ذلك من الجهل فى الخصوصيات، وضرر الجهل فى كل المقامات المذكوره غير واضح.

فلو كان اثنان لكل واحد كتاب شرح اللمعه، فأراد من أحدهما استعاره الكتاب إنسان، فقالا: أعرنا أحدنا كتابنا لك، فقبل لم يكن وجه لبطلانه، وإنما له أن يأخذ كتاب هذا أو كتاب ذاك، والضرر المتوهم أنه غرر أو غير مسبوق مثله فى الشريعه، وكلاهما غير ضار، إذ لا غرر عرفاً، وقد قلنا فيما تقدم أن نهى النبى (صلى الله عليه وآله)

عن الغرر(1) إنما يصب على الغرر العرفى، وكونه غير مسبوق فى الشرعيه أيضاً لا ـ يضر بعد العرفيه، وقد ذكرنا مكرراً أن (أوفوا بالعقود) يشمل العقود المستحدثه كالعقود السابقه، ويستثنى منها العقد الذى نهى الشارع عنه كالبيع الربوى ونحوه، وأى فرق بين إباحتهما له بضاعتهما على البدل والعقد كذلك.

نعم نكاح أحد الرجلين أو إحدى المرأتين أو طلاق أحدهما أو إحدى المرأتين لا يصح، للإجماع والضروره.

ومنه يعلم حال المتردد فى المستعير، كما إذا أراد كل واحد منهما كتاب شرح لمعه زيد، فيقول لهما: أعرته لأحدكما، فيقبل أحدهما.

وكذلك حال المستعار، كما إذا أراد إنسان من إنسان كتاب اللمعه أو القوانين، فيقول: أعرت أحدهما لك، فيقول: قبلت، ويأخذ أحدهما، وهكذا الحال فى سائر الشرائط والخصوصيات المردده.

ومنه يعلم حال صحه إعاره الكلى فى المعين، كأن يقول: أعرتك أحد هذه الكتب، وحال إعاره المشاع، كأن يقول: أعرتك نصف هذه الدار.

لكن المسأله فى المردد بعد بحاجه إلى التأمل.

أمّا إذا طرأ الجهل على أحد هذه الأمور، كما لم يعلم المستعير أن المعير هو زيد أو عمرو، بأن كان عنده كتابان لهما فاستعار أحدهما فأعاره لكنه نسى أن المعير أيهما، بينما الكتابان متشابهان كجلدين من اللمعه مثلًا، أو مختلفان كلمعه وقوانين، وكذلك إذا كان المستعير متردداً، كما إذا علم زيد وعمرو أن أحدهما استعار الدار من بكر فأعارها إياه، ثم شكا فى أن المستعير أيهما، أو كان المستعار مجهولاً،

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۳۳۰ من أبواب كتاب التجاره ح۳

كما إذا أعاره زيد الفرس أو الحمار مما كان معلوماً فى وقته، ثم جهل أن أيهما المستعار، وكذلك بالنسبه إلى سائر الشروط، كما لو أعاره شهراً لكنه شك فى أن الشهر هل هو الربيع الأول أو الربيع الثانى، أو أنه أعاره سيارته فى كربلاء أو فى النجف، أو ما أشبه ذلك من سائر الخصوصيات، فإذا كان مسرحاً لقاعده العدل أجريت قاعده العدل، وإلا كان مقتضى القاعده القرعه لأنها لكل أمر مشكل((١)).

ومنه يعرف وجه النظر فى قول الجواهر حيث قال: (لابد أن يكون المستعير معيناً، فلو قال: أعرت أحد هذين لم يصح، للأصل بعد قصور تناول الأدله لمثل ذلك، نعم لو أريد كلاهما من ذلك وقبلا معاً أمكن الصحه، كما لو قال: أعرت كتابى هذا لهؤلاء العشره، وقبلوا جميعاً، فإنه يصح بالنسبه إلى كل منهم بمعنى أن له الانتفاع مستقلاً، إذ لا مانع من إجراء حكم المستعير على كل منهم، فإن العاريه قسم من الإباحه الصالحه لذلك فيحمل عليه، إلّا أن يصرح بإراده الاجتماع، وهكذا فى غيره من العقود التى تقبل ذلك. نعم فى مثل البيع والإجاره ونحوهما مما لا يقبل ثمرته الانتقال لكل منهما لعدم معقوليه ملكك كل منهما لتمام المبيع وتمام المنفعه ينزل على الشركه بخلاف ما نحن فيه) انتهى.

ومما تقدم تظهر صحه الإعاره الدوريه فى كل من الأربعه، كأن يعير زيد وعمرو فرسهما لبكر يوماً من هذا ويوماً من ذلك، أو يستعير زيد وعمرو فرس بكر يوماً لهذا ويوماً لذاك، أو يستعير زيد من عمرو فرسه وحماره يوماً هذا ويوماً

١- الوسائل: ج١٨ ص١٩١ الباب ١٣ من أبواب كيفيه الحكم ح١٨

ذاک، أو يستعير زيد من عمرو كتابه فی أول كل شهر يوماً، إلی غير ذلک من الأمثله، بل لو منعنا العاريه المردده تصح هذه الأقسام من العواری، إذ لا شک فيها، ولا دليل علی منعها حتی الأصل ونحوه.

وعلی أی حال، فقد عرف مما تقدم أن إشكال الجواهر علی التذكره التی أجازت العاريه لغير المحصور من العدد نحو كل الناس أو أی أحد من الأشخاص، ومن دخل الدار، بقوله: (وإن كان قد يناقش بمنع تحقق العقديه أو ما فی حكمها من المعاطاه بمثل ذلک، ضروره عدم قصد الربط بين الإيجاب والقبول من الجانبين، وليست العاريه حينئذ إلّا إباحه، علی أنه قد صرح فی موضع منها بالفرق بين من بسط بساطاً مخصوصاً لضيف مخصوص، وبين من كان له بساط معد لمن يأتيه من الضيوف، فجعل الأول عاريه والثانی إباحه لعدم قصد انتفاع شخص بعينه، وعدم اعتبار المقارنه بين الإيجاب والقبول فی العاريه لا يقتضی جواز ذلک فی الوكاله والوديعه وغيرهما علی جهه تحقق عقدها بذلک) انتهی.

غير ظاهر الوجه، بل فی مثل من أعدّ بساطه لكل ضيف يأتيه ويقول: أعرته لمن جلس عليه، إذا جلس عليه إنسان كان قبولاً للعاريه فعلاً، وقد تقدم أن الإيجاب والقبول يصح بالقول وبالفعل.

مسأله ۴: عدم ضمان المستعير

(مسأله ۴): قـال الشـرائع: وله الانتفـاع بمـا جرت العـاده به فى الانتفـاع بالمعار، ومراده ما كان داخلًا فى عقـد العاريه، إذ جريان العـاده بـدون الـدخول فى القصـد لاـ يكفى، فـإن العقود تتبع القصود، فلو أعـار بساطاً اقتضت فرشه أو لحافاً التغطيه به أو حيواناً الحمل عليه بالقدر المتعارف، أو ركوبه فى الزمان الخاص والمكان الخاص والخصوصيات الخاصه المشموله للعقد.

ولو تعـددت منفعه العين ولم يكن ثم إنصـراف إلى بعضـها ولـم يعين نوعـاً خاصـاً جـاز الانتفاع بجميع الوجوه، كأن يركب على الدابه أو يركب عليها أو يحمل عليها أو يسفد بسببها الأنثى أو يربطها بالرحى أو بالناعور أو ما أشبه ذلك.

ولـذا قـال فى المسالك بعـد ذكر بعض الأمثله التى ذكرناها: (ولو تعـدد منفعه العين، فإن عين نوعاً تعين، وإن عمم جاز الانتفاع بجميع وجوهها، وإن أطلق فالأقوى أنه كذلك).

نعم لو شك فى شمول الإطلاق أو التعميم لبعض أقسام الانتفاع كان الأصل العدم، لأنه إنّما يجوز له التصرف بقدر شمول اللفظ قطعاً، فحيث يشك فى شمول اللفظ لم يجز مثل ذلك الانتفاع.

ويشترط أن تكون المنفعه محلله، أمّـا الانتفـاع المحرم فلا يجوز، وإن أذن له المعير كمقاربه الحيوان مثلًا، وسـيأتى بعض الكلام فيه عند ذكر الشرائع له.

ثم قال الشرائع: ولو نقص من العين شىء أو تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن، إلّا أن يشترط ذلك فى العاريه.

أقول: أمـا عـدم الضـمان بـدون الشـرط فلأن النقص من طبيعه العاريه، فإن اسـتعمال الملابس والـدور ونحوها يوجب أن تخلق، وهكذا بالنسبه إلى الأشياء المشابهه، ولذا لم يكن ضامناً حيث من طبيعه العاريه مثل ذلك النقص، أمّا إذا لم يكن من المتعارف مثل ذلك النقص لم يشمل دليل العاريه له ويوجب

الضـمان، كما إذا اسـتعار دابه فحملها فوق طاقتها مما سـبب عطبها أو دبرها، أو اسـتعار الدار ثم أسكن فيها فوق طاقه الدار، إلى غير ذلك من الأمثله، إذ كل ذلك يشمله التعدى، وكذلك فيما إذا فرط.

والتعدى فى كلام الشرائع أعم من التعدى والتفريط كما هو واضح.

أمـا إذا كان الشـرط، فلـدليل «المؤمنون عنـد شـروطهم»((١))، ولـذا قـال فى الجواهر: بنـاءً على اعتبـار مثـل هـذا الشـرط بالنص والإجمـاع على ما يشـبهه كما تعرفه إن شاء الله، ولعل الوجه فى ذلك واضـح لأنه اسـتعمال مأذون فيه، وبناء العاريه على النقص بالاسـتعمال، وقول الصادق (عليه السـلام) فى صحيح ابن سنان المسئول فيه عن العاريه: «لا غرم على مستعير عاريه إذا هلكت إذا كان مأموناً»((٢)).

وفى الرياض عند قول مصـنفه: (ولا يضـمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع)، قال: (المأذون فيه لاستناده إلى السبب المأذون فيه، وقيـل بضـمان المتلف كمـا عن التقى لعـدم تنـاول الإـذن للاسـتعمال المتلف عرفـاً، ولا ريب فيما لا يتحقق التناول، وأما مع التحقق فالأـول أجود، ولعله محـل الفرض كمـا يظهر من التعليـل المتقـدم، ولكنه لم يثبت إلّا بلفظ صـريح، وفى ثبوته بالإطلاق إشـكال لعـدم الانصـراف إلاّـ إلى غير المتلف إلاّـ مع القرينه المصـرحه من عرف أو عـاده فلا يضـمن، كما لو أذن له باسـتعماله باللفظ الصريح).

وهـذا هو مقتضـى القاعـده، قـال فى المسالـك: (لمـا كـان إطلاق الإذن أو تعميمه يقتضـى الانتفاع بالعين من غير تقييـد بالقليل والكثير اقتضى ذلك جواز استعمالها

١- الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح٤

٢- المستدرك: ج١ ص٥٠٧ الباب ١ من كتاب العاريه ح٢

وإن نقصت كالثوب يبلى والدابه تضعف على وجه لا ـ يمنع منه، فإذا فرض حصول نقص فى العين أو تلف لم يكن ذلك مضموناً لاستناد التلف إلى مأذون فيه ولو من جهه الإطلاق، وما قطع به المصنف هو أصح القولين فى المسأله، وفيه وجه آخر وهو ضمان المتلف فى آخر حالات التقويم، لأن الظاهر عدم تناول الإذن باستعمال المتلف، وإن كان داخلاً فى الإطلاق، نعم لو كان قد شرط الضمان فى العاريه ضمن، وسيأتى الكلام فيه) انتهى.

فإن مقتضى القاعده هو أن التلف المتعارف الداخل فى العاريه لا يوجب الضمان، لأن المالك هو الذى أباح له ذلك، ومن الواضح أن المالك يحق له مثل ذلك لأنه مسلط على ماله، أما إذا لم يكن ذلك التلف مشمولاً لكلام المعير كان موجباً للضمان، أمّا القول بأنه موجب للضمان مطلقاً فغير ظاهر الوجه، ولعل التقى (رحمه الله) أيضاً أراد ما لم يكن مشمولاً للعاريه، وإلا فلا وجه ظاهر له.

ومنه يظهر عدم الفرق بين أقسام التلف إذا كان مشمولاً للإذن، فقول الجواهر: (لعل التأمل الجيد يقتضى أن هنا مقامين:

أحدهما: النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ولو من جهه الاتفاق فى مثل تلك العين، كما لو استعار دابه للركوب أو الحمل، ولم يزد على المعتاد واتفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال لعثره أو نحوها، وهذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان فيه للنص والفتوى.

الثاني: التلف بالاستعمال بسبب استدامته واستمراره المقتضى لاستيفاء عمره بالنسبه إلى ذلك العين وهذا هو المناسب للإشكال فى الضمان به باعتبار اقتضاء إطلاق عقد العاريه تناوله وعدمه إلّا مع التصريح، ولعل الضمان به حينئذ وجيه، وبذلك ظهر لك الفرق بين المقامين) انتهى.

غير ظاهر الوجه، لأنه بعد تسليم اقتضاء إطلاق عقد العاريه ذلک الاستعمال، کما إذا أعاره مطلقاً بدون توقيت بوقت خاص فاستفاد منه استفاده متعارفه حتی انقضی عمره فمات مثلاً فأی وجه للضمان.

والحاصل: إن مقتضی القاعده أن کل تعدّ وتفريط عن مقتضی عقد العاريه يوجب الضمان، وإذا لم يکن تعد أو تفريط لم يوجب الضمان، ولو شک فی أن تلفه هل کان بالتعدی والتفريط أم لا، کان مقتضی القاعده عدم الضمان، لأن الضمان شیء حادث والأصل عدمه، وسيأتی بعض الکلام فی ذلک أيضاً عند تعرض الشرائع له.

ثم لو کان التعدی موجباً لکثره قيمته، فإن کان مشمولاً للإذن لم يکن التعدی موجباً للضمان، وإلا کان موجباً له، لأن المعيار الإذن المشتمل عليه العاريه لا أکثريه القيمه وأقليته، فبعض أقسام السجادات التی إذا استعملت کثيراً وطرحت فی الشارع ومرت عليها السيارات ونحوها أوجب أکثريه قيمتها، إذا فعل المستعير بها ذلک بدون إذن المالک وسبب ذلک ارتفاع القيمه لم يکن ذلک موجباً لعدم ضمانه لها.

نعم ذکرنا فی کتاب الغصب ما يفيد أن عمل الذی بيده وإن کان غاصباً إذا أوجب زياده العين أو القيمه کان مقتضی القاعده الاشتراک بقدر حقه، لقوله سبحانه: ﴿ليس للإنسان إلاّ ما سعی﴾(١)، فسعی کل إنسان له حتی إذا کان غاصباً، ولا منافاه بين الحرمه التکليفيه والملک وضعاً.

استعاره المحرم الصيد

قال فی الشرائع: (ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيداً، لأنه ليس له إمساکه، ولو أمسکه ضمنه وإن لم يشترط عليه).

١- النجم: الآيه ٢٩

أقول: ذلك واضح لحرمه الصيد على المحرم، سواء أخذه المستعير بنفسه أو بوكيله، كما أنه ليس له أن يستأجر الصيد وإن لم يستعمله هو بنفسه وإنما يستعمله أهله أو ما أشبه ذلك، لما يستفاد من الأدله الوارده فی كتاب الحج، على ما ذكرناه مفصلا هناك.

ومقتضى القاعده أن عقد الاستعاره فاسد، لا أنه حكم تكليفی فقط، إذ لم يجعل الشارع سلطه للمستعير على الصيد، فلما كان إثبات سلطنته على العين المستعاره ممنوعاً شرعاً لم تصح الاستعاره، كما لا تصح البيع والإجاره والصلح والهبه ونحوها.

قال فی المسالك: (لا شبهه فی عدم جواز استعاره المحرم الصيد من المحل والمحرم، لما ذكره المصنف من تحريم إمساكه عليه، فلو استعاره بعقد العاريه فهل يقع العقد فاسداً، يحتمله للنهی، وعدمه لأن المعاملات لا يبطلها النهی إلّا بدليل خارج، وعباره المصنف وغيره لا تدل على أحد الأمرين صريحاً لأن عدم الجواز أعم من الفساد كما ذكرناه. فعلى تقدير قبضه له إن رده على المالك لزمه الفداء لله تعالى، وبرئ من حق المالك، وإن تلف فی يده فلا شبهه فی ضمانه الفداء لله تعالى لأنه ثابت عليه بمجرد الإمساك، كما فی الصيد الذی ليس بمملوك، حتى لو كان المعير محرماً أيضاً فعلى كل واحد منهم فداء. ومقتضى عباره المصنف وجماعه أنه يضمنه مع التلف للمالك أيضاً بالقيمه، لأنهم جعلوه من العواری المضمونه وإن لم يشترط فيها الضمان، ودليله غير واضح، إذ مجرد تحريم استعارته لا ـ يدل على الضمان، سواء قلنا بفساد العقد أم بصحته، أما مع صحته فالأصل فی العاريه عندنا أن يكون غير مضمونه إلّا أن يدل دليل عليه، ولم يذكروا هنا دليلاً يعتمد عليه.

وأمّا مع فسادها فلأن حكم العقد الفاسد حكم الصحيح فی الضمان وعدمه _ كما أسلفناه فی مواضع _ قاعده كليه. ويمكن الاستدلال علی ضمانه هنا بإطلاق النصوص أن المحرم لو أتلف صيداً مملوكاً فعليه فداؤه لمالكه فيدخل فيه صوره النزاع)((١)).

وعلی أی حال، فصور استعاره المحرم من المحل الصيد ثلاث:

الأولی: أن لا يتعدی وإنما يتلف بنفسه، ومقتضی القاعده عدم الضمان لقاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، حيث قد عرفت أن مقتضی القاعده فساد العقد.

الثانيه: أن يتعدی، ومقتضی القاعده الضمان لقاعده «من أتلف مال الغير فهو له ضامن».

الثالثه: إرسال الصيد، للأمر شرعاً بذلك، وهنا احتمالان:

الأول: الضمان، لأن أمر الشارع بالإرسال لا ينافی الضمان كما فی أكل المخمصه وما أشبه.

والثاني: عدم الضمان، لأن المالك أهدر حقه بتسليمه الصيد إلی من يأمره الشارع بالإطلاق، لكن الضمان فی الصوره الثالثه أقرب.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فی كثير من الإطلاقات وغيرها، والتی منها قول الجواهر.

وعلی كل حال، ظهر لك أنه لا وجه للإشكال فی الجزم بالضمان من المصنف والفاضل وغيرهما بعدم الدليل عليه وقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ضروره كون المراد الضمان فی الفرض المزبور، لا ما إذا تلفت فی يده من غير تفريط فيه، فيتوجه عليه الإشكال المزبور، وإن كان إطلاقهم يوهم ذلك،

١- مسالك الأفهام: ج٥ ص١٣٩ _ ١٤٠

لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذى ذكرناه، فإنه الموافق فى ذكر مسأله المحرم بخصوصه.

فإن الإشكال وارد لكون ظاهرهم الإطلاق لاـ الصوره الخاصه التى ذكرها الجواهر، كما يرد الإشكال على المسالك بقوله: (ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا بإطلاق النصوص أن المحرم لو أتلف صيداً مملوكاً فعليه فداؤه لمالكه فيدخل فيه صوره النزاع، وفيه نظر لمعارضته بالنص الصحيح الدال على أن العاريه غير مضمونه، فكما يمكن تخصيص الأول بالصيد المأخوذ بغير إذن المالك يمكن تخصيص الثانى بغير الصيد فالترجيح غير واضح) انتهى.

إذ لا تعارض بين الأمرين بعد رؤيه العرف ورود دليل العاريه على دليل ضمان الصيد.

ثم إنه لا يبعد أن على آخذ الصيد من المحل وجوب الإرسال لا الرد على المالك لغلظه حكم الصيد. ولذا كان المحكى عن مقتضى كلام الشيخ فى المبسوط، والمحقق فى الشرائع، والمصنف، والعلامه فى القواعد والتحرير، وصريح التذكره: أن المحرم إذا قبضه من المالك وجب عيه إرساله وضمن للمالك قيمته، ولاـ يرد عليه ما ذكره فى مفتاح الكرامه من أنه يشكل الحكم بوجوب إتلاف مال الغير، وحق الآدمى مقدم على حق الله سبحانه كما هو مقرر، فينبغى رده على مالكه وضمان الجزاء كما ذكره أخيراً فى التذكره.

لكن السيد العاملى قال بعد ذلك: (وقد يقال: لما كان أمر الصيد غليظاً قدم فى المقام حق الله سبحانه على حق الناس) مما يظهر منه التردد أو الميل إلى قولهم.

أما إطلاق أن حق الآدمى مقدم على حق الله سبحانه فغير ظاهر، بل بين الأمرين

عموم من وجه كما يظهر من بعض الروايات.

نعم لا ينبغي الإشكال لو أنه سلمه إلى مالكه ولو لأمر الله سبحانه وتعالى لم يضمن للمالك، إذ احتمال أنه صار بحيث لا يقبل التملك حتى يكون تكليف المالك أيضاً إرساله فيكون المستعير ضامناً له، لأنه أخرجه عن ملكه، لا وجه له، ولذا كان المحكى عن التذكره أن المحرم إذا قبضه من المالك وجب عليه إرساله وضمن للمالك قيمته، وأنه إن رده إلى المالك ضمن لله تعالى الفداء وسقط عنه القيمه للمالك.

أما إذا أرسله المحرم فجاء إلى مالكه، أو أخذه المالك منه بالقوه حيثما أراد إرساله، أو خرج عن الإحرام حيث يسقط وجوب إرساله لانتفاء الموضوع فرده على مالكه، فإن مقتضى القاعده عدم الضمان، وكذلك إذا مات فى يده أو ذبحه مما يوجب تحريم لحمه، ولكن كان لحيّه وميته قيمه واحده فأعطاه للمالك وقبله لم يضمن أيضاً.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو كان الصيد فى يد محرم فاستعاره المحل بأن أخذه بصوره العاريه جاز أخذه للمحل للأصل، ولأن ملك المحرم زال عنه بالإحرام فأخذه حينئذ منه كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك، فيملكه حينئذ بالاستيلاء أو مع نيه الملك على الوجهين فى تملك المباح، وحرمه الدفع إلى المحل على المحرم لتعين الإرسال عليه لا ينافى جواز الأخذ للمحل، وليس هو من الإعانه على المحرم قطعاً، وإن وجب الفداء على المحرم مع التلف فى يد المحل) انتهى.

وهو كما ذكراه، وإن كان مقتضى القاعده الاحتياج إلى نيه الملك على ما ذكرناه فى كتاب إحياء الموات، فإذا أخذ الإنسان شيئاً من النبات أو الحيوان أو الماء أو ما أشبه بغير قصد الملك لا يملكه، واحتمال أنه يجب على المحرم الاستيلاء على

ذلـك الصـيد ولو بـالقوه وإطلاـق سـراحه غير ظـاهر، لأـن ظـاهر أدله الإرسـال وجوبه ما دام فى يـده، فإذا خرج عن يـده تبـدل الموضوع وبذلك يسقط الحكم.

أما وجوب الفـداء على المحرم مع التلف فى يـد المحل فـذلك لما دل على أنه يجب عليه الفداء مما إطلاقه يشـمل المقام، وإن كان فيه بعض التأمل.

لكن لاـ يخفى أن المقام ليس من الإعاره فى شـىء، وكأن عباره الشـرائع والقواعـد وغيرهما بلفظ الإعاره من باب المشاكله، فلا يرد عليهم اعتراض المحقق والشـهيد الثانيين والمقدس الأردبيلى بأن المعار شـرطه كونه ملكاً للمعير وهو هنا منتف لمكان زوال ملكه، ولـذا ردهم فى مفتـاح الكرامه بأن ليس هناك إلاّ صوره عاريه، فالغرض من الجواز صـحه تملك المحل له وأنه لا شـىء للمحرم عليه، وإن فعل حراماً بالإعانه كما نبه عليه فخر الإسلام فى شرح الإرشاد.

لو تلف الصيد فى يد المحل

قال فى محكى التذكره: (لو كان الصـيد فى يد محرم فاستعاره المحل، فإن قلنا إن المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمه له على المحـل لأـنه إعـاره مـا ليس ملكاً له، وعلى المحرم الجزاء لو تلف فى يـد المحل لتعـديه بالإعاره، فإنه كان يجب عليه الإرسال) انتهى.

وحيث إن تفاصيل المسأله مرتبطه بكتاب الحج نكتفى منها بهذا القدر هنا، والله سبحانه العالم.

ص:٢٣٧

مسأله ۵: لو استعار من الغاصب

(مسأله ۵): قال فی الشرائع: (ولو استعار من الغاصب وهو لا ـ یعلم، کان الضمان علی الغاصب، وللمالک إلزام المستعیر بما استوفاه من المنفعه، ویرجع علی الغاصب لأنه أذن فی استیفائها بغیر عوض، والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب، وکذا لو تلف العین فی ید المستعیر).

أقول: مقتضی القاعده هو القول الأول، ولا یبعد أن یکون هو المشهور بین الفقهاء لقاعده «علی الید» وغیرها، فإن کل واحد من المعیر والمستعیر قد وضع یده علی مال المالک، فکل واحد منهما ضامن للأصل فیما إذا کان له أجره، والمنفعه فیما إذا کانت له منفعه، فإن استوفی المعیر المنفعه ثم أعارها للمستعیر کان للمالک الرجوع علی المعیر بالأصل وبالمنفعه، والرجوع علی المستعیر بالأصل دون المنفعه لأنه لم یضع الید علی المنفعه.

أما إذا استوفی المستعیر المنفعه فللمالک الرجوع بهما علیه، کما أن له الرجوع بهما علی المعیر لصدق «علی الید» بالنسبه إلی الأصل والمنفعه، کما ذکروا ذلک فی مسأله ترتب الأیدی فی کتاب الغصب.

لا یقال: إن المعیر لم یضع الید علی المنفعه، والمفروض أن المنفعه تلفت عند المستعیر فلا یشمل «علی الید» المعیر بالنسبه إلی المنفعه.

لأنه یقال: إنه السبب، والمباشر والسبب کلاهما شریکان، نعم المستعیر الجاهل بالغصبیه یرجع علی الغاصب، لأن الغاصب هو الذی أذن له فی استیفائها بغیر عوض، سواء فی ذلک الأجره والعین إذا تلفت العین أو المنفعه، وأن المعیر هو الغار للمستعیر فیرجع علیه لقاعده «المغرور یرجع علی من غره».

أما الوجه الذی ذکره الشرائع من تعلق الضمان بالغاصب حسب، وتبعه

ص:۲۳۸

العلامه فى ذلك، بمعنى أنه ليس له الرجوع على المستعير، فكأنه لأن المستعير جاهل مغرور والغاصب عالم غار، فصار الغاصب أولى فى نسبه الإتلاف إليه، بالإضافه إلى قاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فإن المستعير لا يضمن بصحيح العاريه، فكذلك لا يضمن بفاسدها، ولذا لم يكن وجه لرجوع المالك إلى المستعير.

وربما استدل لذلك بأن الرجوع على المستعير ظلم محض لأنه جاهل، بضميمه «رفع ما لا يعلمون» وشبهه، لكن فى الكل نظر، فإن «على اليد»((١)) يشملهما معاً، وقاعده «ما لا يضمن» لا تشمل أموال الناس، والجهل لا يرفع الحكم الوضعى، بل الحكم التكليفى.

ويؤيد ذلك ما رواه وهب، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام): إن علياً (عليه السلام) كان يقول: «من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن». وقال: «من استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن»((٢))، بناءً على ما حمله الشيخ على من استعار بغير إذن المالك.

وعن إسحاق بن عمار، عن أبى عبد الله (عليه الصلاه والسلام) أنه قال: «إذا استعيرت عاريه بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن»((٣)).

ومما تقدم يظهر الوجه فى قول القواعد فى أسباب الضمان: (أو استعار من المستعير).

أقسام التعدى

وفى مفتاح الكرامه: (أى يضمن سواء تعدى فيها وفرط أم لا، وسواء شرط المعير الضمان أم لا، وسواء كانت يد المعير يد أمانه أو يد ضمان، لأنه استولى

١- المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعه ح١٢

٢- الوسائل: ج١٣ ص٢٣٨ الباب ١ من أبواب العاريه ح١١

٣- الوسائل: ج١٣ ص ٢٤٠ الباب ٤ من أبواب العاريه ح١

بغير إذن المالك، لأنها عاريه من غير المالك فكانت غصباً فى الحقيقه لا عاريه، ولما كانت فى صوره العاريه أجروا عليها اللفظ)((١)).

ولقد أجاد الجواهر حيث رد شمول قاعده «ما لا يضمن» فى المقام بقوله: (من المعلوم أن المسلم من هذه القاعده ما وافق الأدله منها، ضروره عدم دليل بالخصوص عليها، وليس الفاسد من حيث كونه فاسداً يترتب عليه ما يترتب على الصحيح، بل مقتضى فساده عدم ترتب أثر الصحيح عليه كما هو واضح، وليس فى الأدله ما يوافق مضمونها، بل قد عرفت أن قاعده اليد وعموم «من أتلف» والمرسل والخبر تقضى الضمان، وإن اقتضت قاعده الغرور الرجوع على الغاصب.

ودعوى الإجماع عليها معلومه الفساد فى المقام، إذ المشهور بين الأصحاب الضمان هنا مع الجهل، وإن رجع بقاعده الغرور، كدعوى عموم ما دل على عدم الضمان بالعاريه للمقام لأنها اسم للأعم من الصحيح والفاسد، ضروره تخصيص العموم بالخبر والمرسل السابقين المعتضدين بالشهره بين الأصحاب التى هى المرجحه أيضاً لعموم «من »أتلف و«على اليد» عليه، بل قد يدعى انسياق الصحيح من أكثر هذه الأحكام فلا تعارض حينئذ، ومن ذلك وغيره يعلم عدم كون المقام فرداً من القاعده المزبوره أو خارجاً عنها كحال العلم للمستعير).

هذا بالإضافه إلى أنه قد حققنا فى (الأصول) أن الأسامى ليست اسماً للأعم من الصحيح والفاسد، وإنما اسم للصحيح فقط، والفاسد إنما يسمى بتلك الأسامى للمشاكله، فهو من باب المجاز.

هذا ولكن يستثنى من رجوع المستعير إلى المعير فيما كان المستعير جاهلاً ما إذا شرط المعير الضمان عليه، فإنه حينئذ ليس مغروراً حتى «يرجع إلى من غر»((٢)).

١- مفتاح الكرامه: ج١٧ ص٤٣٩ _ ٤٤٠

٢- المستدرك: ج٢ ص٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب فى النكاح ح٦

ولـذا قـال الجواهر: (الظاهر أن المعير يرجع على المسـتعير بقيمه العين لو رجع عليه المالك، وإن كان جاهلاً كان قـد أقـدم على العاريه مضـمونه باشتراط الضـمان، أو كانت ذهباً أو فضه، لعدم غروره حينئذ، بل هو كذلك لو صدر منه ما يقتضى الضمان من تعد أو تفريط.

نعم لا يرجع عليه الغاصب بعوض المنافع التى اسـتوفاها المسـتعير بعنوان العاريه لو رجع عليه المالك لإقدامه عليها مجاناً، بل هو يرجع على المعير الغاصب لو رجع المالك عليه بها لقاعده الغرور.

أقول: ومن التعدى والتفريط ما إذا أعاره الغاصب شـهراً ثم لم يرد المسـتعير المغصوب على الغاصب بعد الشهر وتلف عند ذلك فى يده، لعدم شمول قاعده الغرور له.

ولاـ يخفى أن العلم والجهـل من باب المثال، وإلا فالمراد قيام الحجه وعـدم قيام الحجه، فإذا قامت البينه عنـد المسـتعير بالغصبيه كفت فى سقوط غروره.

وممـا تقـدم ظهر وجه قول الشـرائع أخيراً: (أمـا لو كـان عالمـاً كـان ضامناً ولم يرجع على الغاصب، ولو أغرم الغاصب رجع على المسـتعير، ولو ادعى المسـتعير الجهـل حتى يرفع الضـمان عن نفسه والمعير علمه كـان الأصل مع المسـتعير إلّا أن يثبت المعير ما ادعاه بالبينه ونحوها).

ومما تقدم ظهر وجه النظر فيما حكى عن التذكره، حيث قال: (لو اسـتعار من غير المالك عالماً أو جاهلاً ضـمن واسـتقر الضمان عليه، لأن التلف حصل فى يده، ولا يرجع على المعير، ولو رجع المالك على المعير كان للمعير الرجوع على المستعير).

لوضوح جريان قاعده الغرور بالنسبه إلى الجاهل، فكون التلف حصل فى يده لا يوجب ضمانه، بمعنى لايوجب استقرار الضمان عليه مطلقاً، وإنما

هو كذلك فى صوره علمه، وإلا ففى صوره جهله يرجع على المعير، كما أنه ليس للمعير الرجوع على المستعير إذا كان المستعير جاهلًا فيما إذا رجع المالك على المعير.

ولذا الذى ذكرناه قال فى الرياض ممزوجاً مع المتن: (ولو استعار من الغاصب مع العلم بالغصب ضمن كلًا من المنفعه والعين مع التلف مطلقاً، ولو لم تكن عاريه مضمونه، وكذا لو كان جاهلًا، لكن استقرار الضمان هنا على الغاصب إلّا إذا كانت مضمونه فيضمن العين خاصه، وللمالك فى المقامين إلزام أيهما شاء بالعين التالفه وما استوفاه من العين، فإن لزم المستعير كان له أن يرجع هو على المعير بما يغرم مع جهله، لأنه أذن فى استيفائها بغير عوض عنها عن العين لو تلفت، ولا كذلك مع علمه لاستقرار الضمان عليه بسببه فليس له الرجوع بما غرمه) إلى أن قال: (ولا خلاف فى شىء من ذلك فيما أجده إلّا من الماتن فى الشرائع والفاضل فى القواعد فلم يجوزا رجوع المالك إلى المستعير مع جهله).

ثم إن المسالك فى صوره علم المستعير بالغصب قال: (إن رجوع المالك على أيهما شاء فيما إذا تساوت قيمتها فى أيديهما أو زادت فى يد المستعير، أما لو اختص الغاصب بزياده فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزائد لاختصاصه بغصبه فلا يرجع به المالك على المستعير، فما يرجع به المالك على المستعير لا يرجع به الغاصب عليه لرجوع المالك عليه ابتداءً) انتهى.

والوجه أنه لو كانت القيمه فى يد الغاصب أكثر من يد المستعير لم يكن وجه لرجوع المالك إلى المستعير فى التفاوت، وإنما يرجع على المستعير بأصل القيمه وعلى الغاصب بالتفاوت، أما على المستعير بأصل القيمه فلقاعده «على اليد»((1))،

١- المستدرك: ج١٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعه ح١٢

و«من أتلف»(۱)، وأما على الغاصب بالتفاوت لأن التفاوت ذهب من كيس المالك بسبب الغاصب وعنده فيشمله قاعده اليد وغيرها، وأما إذا كان فى يد الغاصب أقل قيمه، فإن للمالك أن يرجع بالكل على المستعير أصلاً وتفاوتاً، لأن الكل تلف فى يد المستعير.

ومما ذكر يعلم أنه لو كان التفاوت فى القيمه بين بلدين لأجل التضخم والتنزل، فالمالك إذا رجع إلى بلد ارتفاع القيمه يأخذ المرتفع، وإذا رجع إلى بلد انخفاض القيمه يأخذ المنخفض، فإذا كان الغصب فى بغداد وسلمه الغاصب إلى المستعير فى البصره، والقيمه فى بغداد دينار وفى البصره ديناران، فإن رجع إلى من فى بغداد أعطاه ديناراً، وإن رجع إلى من فى البصره أعطاه دينارين، لوضوح أن الدينار فى بغداد يساوى الدينارين فى البصره وبالعكس، وقد ذكرنا تفصيل ذلك فى كتاب الغصب، وأنه لو رجع المالك على الغاصب بين البلدين ماذا يكون الحكم، فلا داعى إلى تكراره.

ثم إذا كان المستعير جاهلاً حين الاستعاره ثم علم بالغصبيه كان من أفراد العالم، ولو انعكس بأن كان عالماً ثم جهل، مثل ما إذا قامت البينه عنده ثم ظهر فسقهم كان من أفراد الجاهل.

والظاهر أن العلم السارى بعد التلف لا يوجب استقرار الضمان عليه، أما الجهل السارى فلا يرفع الضمان، لأنه حين التلف لم يكن مغروراً، فلا تشمله قاعده الغرور.

۱- الوسائل: ج۱۸ ص۲۳۸ الباب ۱۰ من كتاب الشهادات ح۲

مسأله ۶: ما هی العین المستعاره

(مسأله ۶): قال فی الشرائع: (فی العین المستعاره، وهی کل ما یصح الانتفاع به مع بقاء عینه کالثوب والدار).

أقول: وذلک لأنه هو مقتضی العاریه، فما یتلف عینه لا یصح الاستعاره فیه علی جهه تلف العین، مثلاً قد یستعیر الماء لمجرد الإراءه، وقد یستعیر الماء للشرب، ففی الأول تصح العاریه، أما فی الثانی فلا تصح.

ومنه یعلم صحه عاریه الدینار والدرهم للتزیین بها أو الارتهان أو نحو ذلک، والسیاره والطائره وغیرها، نعم سیأتی استعاره المنحه مما لا یبعد أن یکون مثل استعاره الدار ملحقاً بها فی من یستفید من ماء البئر التی فیها، إلی غیر ذلک.

قال فی القواعد: (شرط المستعار أن یکون منتفعاً به مع بقائه کالثوب للبس والدابه للرکوب والأرض للزرع والغرس والبناء، دون الأطعمه فإن منفعتها فی استهلاکها، والأقرب جواز إعاره الدارهم والدنانیر إن فرضت لها منفعه حکمیه کالتزین بها والضرب علی طبعها).

وقال فی التذکره: (المستعار له شرطان، کونه منتفعاً به مع بقاء عینه وإباحه المنفعه، فکلما ینتفع به انتفاعاً محللاً مع بقاء عینه تصح إعارته، کالعقارات والدواب والعبید والثیاب والأقمشه والأمتعه والصفر والحلی والفحل للضراب والکلب للصید، وأشباه ذلک بلا خلاف).

وفی مفتاح الکرامه: إن غرض التذکره نفی الخلاف بین المسلمین، وکذلک نقل نفی الخلاف عن الریاض، وعن المبسوط یجوز استعاره الحیوان الذی فیه منفعه وهو إجماع.

أقول: ومنه یعلم أنه لا یصح إعاره أوانی الذهب والفضه للأکل والشرب، وإعاره کلب الصید للهو والطرب المحرم، وإلا فلیس کل لهو وطرب محرم

شرعاً كما حقق فی کتاب المكاسب، وكذلك إعاره الجوارى للاستمتاع بهن على ما يأتى الكلام فی ذلك.

وهكذا لا يصح إعاره الحيوان لعمل محرم معه إذا كان تلك الخصوصيات من باب القيد، وأما إذا كانت من باب الداعى فلا إشكال، لأن الداعى لا يؤثر فى الصحه والبطلان، أما إذا كان على نحو الشرط، فقد حقق فى محله أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، وعليه يكون الشرط مثل الداعى من هذه الجهه.

ثم إن الرياض بعد كلامه السابق قال: (لا خلاف فى شىء من ذلك ولا إشكال إلّا فى المقصود بقولهم: لا يجوز إعاره ما لا يمكن الانتفاع به إلاّ لإتلافه، فإنه غير واضح إن ظهر من المعير الرضا بإتلاف العين بقوله: أعرتكه مع القرينه، فإن المعيار فى جوازه هو رضاه به، وقد حصل فى محل الفرض، وإن هو حينئذ إلّا كالهبه والإباحه وإن عبر عنهما بلفظ العاريه ولا مدخل للّفظ الفاسد معناه فى اللغه والعرف. نعم حيث لا يعلم الرضا بالإتلاف إلّا به اتجه ما ذكروه، لاشتراط استفادته منه بدلالته عليه ولو بالالتزام، ودلاله لفظ العاريه مجرده على الإتلاف فاسده لعدم استنادها إلى عرف أو لغه، لأن وضع العاريه فيهما بحكم الوضع والتبادر إنما هو لما يتم الانتفاع به مع بقاء عينه، ولعل هذا مراد الأصحاب) انتهى.

وفيه: إن قولهم إنما هو فى الإعاره المصطلحه التى دل عليها النص والفتوى والعرف فهى تنافى التصرف المتلف، وإن أراد جواز التصرف المتلف بإجازه المالك وقصده فليس ذلك بإعاره مصطلحه فلا يرد الإشكال على كلامهم، بل حال المقام حال ما إذا أجاره وأجاز تلفه، أو ضاربه وأجاز تلفه، أو ما أشبه ذلك، فهل مثل هذه الإجازات تنافى تعريف الإجاره والمضاربه ونحوهما.

ص:٢٤٥

ومما ذكرناه يظهر أنه لا تصل النوبه إلى الضمان المتأخر عما ذكرناه، فقول الجواهر فى رد الرياض: (قلت: يمكن أن يكون مرادهم ترتب الضمان على الإتلاف المزبور وإن كان بالإذن إلّا أنها بعنوان العاريه زعماً منه عموم موضوعها أو تشريعاً، ودعوى كونه هبه أو إباحه وإن كان الدفع بهذا العنوان واضحه البطلان إلّا أن ينصب قرينه على إرادتهما من اللفظ المزبور، وقد ذكرنا سابقاً أن كثيراً من أفراد العقود يميزها القصد، فمتى وقع منه بهذا العنوان والفرض عدم كونه فرداً منه لم يجر عليه شيء من حكمه، بل يجرى عليه ما تقتضيه القواعد فى مثله) انتهى.

محل نظر، بالإضافه إلى أنه خلط بين عالم الإثبات وعالم الثبوت.

أما قول الجواهر أخيراً: (نعم قد يتوقف فى ضمانه من غير تعد ولا تفريط من قاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ومن خروجه عن أصل موضوع العاريه حتى الفاسد، ولعل الأخير هو الأقوى فى النظر) فلا يخفى ما فيه، إذ لو أظهر المالك الرضا بالإتلاف وأقام على ذلك القرينه كان مشمولاً للاستثناء فى قوله (عليه الصلاه والسلام): «لا يحل مال امرئ إلّا بطيبه نفسه»((١)). فإن طيبه الناس المظهره بالرضا كافيه فى عدم الضمان، فلا حاجه إلى قاعده «ما لا يضمن بصحيحه» فى عدم الضمان، وقد ذكر مفتاح الكرامه بعض كلام الرياض فراجعه.

ثم إن مرادهم مع بقاء عينه بقاء معظم العين عند الانتفاع بها، وإلا فلا إشكال فى أن مثل الثوب وما أشبه يسبب استعماله ذهاب بعضه، لكنه لا ينافى العاريه.

١- الوسائل: ج١٨ ص١١٤ الباب ١٢ من صفات القاضى ح٨

ومنه يعلم أنه لو أعار الكر من الماء وما أشبه للتطهير والاغتسال والتوضى وما أشبه صح، لأن الذاهب منه بأمثال هذه الاستعمالات ليس شيئاً كثيراً، وإنما هو كالذاهب من الثوب ونحوه بالاستعمال، أما إعاره مثل المصباح المنير ونحوه فالظاهر صحته أيضاً، فإن الذى يذهب منه من النفط ونحوه إنما هو مثل ما يذهب من المنحه من اللبن ومن الدار من ماء البئر ونحوهما.

والحاصل: إن الإعاره أمر عرفى قرره الشارع، فكل مورد يرى العرف صحه الإعاره فيه تصح.

ص:۲۴۷

مسأله ۷: استعاره الأرض للزراعه

(مسأله ۷): قال فی الشرائع: (وتصح استعاره الأرض للزراعه والغرس والبناء، ویقتصر المستعیر علی القدر المأذون فیه، وقیل یجوز أن یستبیح ما دونه فی الضرر کأن یستعیر أرضاً للغرس فیزرع، والأول أشبه).

أقول: کما تصح استعاره الأرض لما ذکره کذلک، تصح استعاره الأرض لحفر البئر والقناه والساقیه ونصب المناره وما أشبه، وکذا تصح استعارتها لجعلها مخزناً أوموقفاً للسیارات أومحلاً للسفن أو نحو ذلک، ومقتضی القاعده بالنسبه إلی الأقوی والمساوی والأدون أنه کلما کان اللفظ شاملاً له ولو بالارتکاز صح، وکل ما لم یشمله اللفظ ولو بالارتکاز لم یصح، ولعل الخلاف بین الفقهاء فی المساوی والأدون والأقوی من باب النزاع اللفظی، إذ لا دلیل خاص فی المسأله.

قال فی مفتاح الکرامه عند قول العلامه: ولو أذن فی زرع الحنطه تخطی إلی المساوی والأدون لا الأضر: (أما عدم جواز التخطی إلی الأضر فقد اتفقت علیه الفتاوی من دون خلاف أصلاً، وأما جواز التخطی إلی المساوی والأدون فهو صریح التذکره والتحریر، وإلیه مال أو به قال المقدس الأردبیلی وصریح المبسوط والغنیه والسرائر والریاض فی جواز التخطی إلی الأدون، وهو قضیه کلام المبسوط فی المساوی، وفی المبسوط أنه لو أذن له فی الغرس والبناء فزرع جاز ذلک له بلا خلاف وهو یقضی بنفیه هنا أیضاً. وفی جامع المقاصد أن ظاهر کلامهم أن الحکم بجواز التخطی إلی المساوی والأدون إجماعی وإلا فهو مشکل، والمنع فیهما أیضاً ظاهر الإرشاد واللمعه وصریح الروضه والمسالک والکفایه، وصاحب الریاض منع المساوی وأجاز الأدون ولا ترجیح فی المفاتیح)، انتهی کلام مفتاح الکرامه.

ص:۲۴۸

أقول: حيث لا ـ إجماع فى المسأله حتى بالنسبه إلى الأضر فيما إذا فهم من اللفظ بحسب الارتكاز لم يكن وجه للتفصيلات المذكوره، وإنما المعيار ما ذكرناه، ولذا قال فى الجواهر: (إن القواعد تقتضى عدم جواز التعدى عن غير المأذون وإن كان أدون أو مساوياً، بعد فرض عدم حضوره فى الذهن عند الإذن، ودعوى الانتقال إليه من الإذن فى المعين للمساواه أو الأولويه واضحه المنع، فإن المساواه فى الانتفاع بالنسبه إلى الأرض أو الدون لا تقتضى المساواه فى الإذن كما هو واضح، نعم لو أريد من التعيين التقدير فى الإذن فى المنفعه ولو بالقرينه اتجه حينئذ التخطى وإلا فلا، من غير فرق بين المساوى والأدنى).

وقد عرفت أن القاعده إضافه (والأقوى) إذ لا فرق بين الثلاثه فى شمول اللفظ ولو ارتكازاً، وعدم شمولها ولو ارتكازاً، وكأنهم رأوا أن الأضر غير مشمول إطلاقاً، ولذا لم يذكروه، أما إذا لم يشمل أحد الثلاثه اللفظ فإنه ليس من العاريه فى شيء، وإن علم الإنسان أن المعير راض بالعمل به، فإن العمل بذلك من باب الرضا لا من باب الإعاره.

والحاصل: أنه فرق بين الرضا المقترن بالقرينه الموجبه لدخول الثلاثه فى العاريه والرضا بدون ذلك، حيث يكون الثانى من قبيل رضى الصديق بدخول الصديق داره أو ما أشبه، ولا يعد ذلك من العاريه التى هى عقد من العقود، ومن ذلك يعرف أنه لو لم يكن الرضا ولم يكن داخلاً فى العقد وتصرف بأحد الثلاثه كان عليه الأجره للمالك، لأنه تصرف غير مأذون فيه، فيشمله دليل «لا يتوى» و«على اليد» ونحوهما، ومثل ذلك لو استعار الدابه فأعارها له للحمل فربطها بالناعور أو الرحى أو ما أشبه ذلك، فإن له عليه الأجره.

ومن ذلک یظهر وجه النظر فی قول مفتاح الکرامه، حیث قال بعد نقل کلامهم: (قلت: ینبغی عدم التأمل فی جواز التخطی إلی الأدون للأولویه العرفیه، ولا یقدح فیها اختلاف الأغراض مع الجهل بأن المقصود من التعیین هو الخصوصیه، ومراعاه ذلک فی عدم الأخذ بالأولویه فی المسأله یوجب انسداد باب إثبات الأحکام الشرعیه بها ولم یقولوا به. نعم لو علم قصد الخصوصیه بالنهی عنه کما یأتی اتجه المنع، وأما فی المساوی فلا یبعد الجواز، لأن العرف یقضی بعدم التضییق فی مثل ذلک، إذ الظاهر عدم تعلق غرض للمعیر بالمعین غالباً، ویشهد له قولهم فی الدابه المستأجره بجواز إرکاب المساوی لما إجارتها له، ولعله لا إشکال مع القرینه بأن المقصود غیر متعلق بالمعین فلیتأمل).

لو تخطی المستعیر عن المأذون

ثم إن القواعد قال: (ولو أذن فی زرع الحنطه تخطی إلی المساوی والأدون لا الأضر، ولو نهاه حرم وعلیه الأجره لو فعله، والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهی للإطلاق)، وقد نقل هذا مفتاح الکرامه عن الإیضاح والحواشی وجامع المقاصد والمسالک والروضه والکفایه والریاض، وعلل الفرق بأنه قد أسقط عنه التلف الحاصل بزرع الحنطه بغیر عوض، فالزائد هو المضمون خاصه لأنه غیر المأذون، وهذا لا یقضی بالإسقاط مع التصریح بالنهی.

وبعباره أخری: إنه مع عدم النهی عن التخطی استفاد بالإذن فی الزرع المخصوص استفاده المنفعه المخصوصه فی ضمن أی فردکان، فحیث یخطی إلی الأضر کان مقدار منفعه المأذون مباحاً له خاصه فیضمن الزائد فقط، لکن لا یخفی ما فی الفرق المذکور، ولذا قال فی الجواهر فی رد القواعد: (فیه إن التخطی فی الحالین غیر مأذون فیه، أقصاه أنه فی إحداهما نص علی المنع، وفی الأخری جاء

المنع من أصل الشرع، فهو كمن استوفى منفعه ملك غيره بغير إذنه أو مع نهيه بالنسبه إلى استحقاق الأجره).

أقول: بـل يمكن أن يقـال: بأن النهى فى كليهما من المالك، منتهى الأمر النهى فى صوره النص منصوص، وفى غير صوره النص على القاعـده الأولیه، فـإن كـل مالـك لا يجوز التصرف فى أمواله مطلقاً إلّا ما أخرجه بنص ونحوه، وحيث لم يكن نص كان داخلًا فى القاعـده الأوليه المالكيه، والشارع إنما قرر الملكيه المالكيه لا أنه أتى بشـىء جديـد، وكأن الجواهر أخـذ ما ذكره من المحقق والشهيد الثانيين على ما نقله مفتاح الكرامه، ثم قال: (وهو خيره الكفايه على تأمل له والرياض وظاهر الروضه).

ومما تقدم علم عدم الفرق بين التخطى إلى الأضر أو المساوى أو الأقل، لأنه لا فرق فى كل ذلك على ما تقدم.

ثم إن القواعـد قـال: (بخلاف حمل الأكثر)، وقال فى مفتاح الكرامه: (أى إذا أذن له فى تحميل الـدابه قـدراً معيناً فزاد عليه، فإنه يضـمن أجره الزائـد قولاً واحـداً كما فى جامع المقاصـد، ويتحقق إسـقاط قـدر المأذون فيه قطعاً كما فى الحواشـى والمسالك، وعليه نص فى الروضه والكفايه والرياض، لأن المأذون فيه بعض المنفعه التى استوفاها فلا أجر له بخلاف النوع المخالف) انتهى.

وفيه تأمل واضـح، إذ المعيار قـدر إجازه المالك، فإنه قد يجيز الأقل بشـرط لا، وقد يجيز الأقل لا بشـرط، فإذا كانت الإجازه فى الأقـل بشـرط لا، لا معنى لكونه مجيزاً للأقل فى ضـمن الأكثر، فيكون على المسـتعير التفاوت فقط، بل ينبغى أن يكون عليه كل الأجره، ولـذا قال فى الجواهر: (إن السـقوط لأجره قـدر المأذون لا يخلو أيضاً من نظر، ضـروره ظهور تقييد الإذن فى الأقل بعدم دخوله فى ضمن

الأكثر فيستحق حينئذ أجره الجميع، والأولى جعل المدار على ما يفهم من العباره، ولعله مختلف، والأصل اختصاص الغرامه للزائد وهو مراد الجماعه) انتهى.

لكنك قد عرفت أن ما جعله الأولى هو المتعين لا ما تقدم على الأولى من إطلاق أجره الجميع.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا أجاز له أن يركب فركب وأركب أو حمل، أو أجاز له أن يحمل فحمل وركب أو أركب أو ما أشبه ذلك، وكذلك حال ما إذا أجاز له حمل شيء معين فحمل شيئاً آخر أضر أو أنفع أو مساو، إذ بعض الأحمال يؤذى الحيوان بينما بعض الأحمال ينفع الحيوان، فتحميله الماء فى الشتاء يوجب ضرره بينما تحميله الماء فى الصيف يوجب نفعه، إلى غير ذلك من الأمثله.

وقد أشار إلى بعض ذلك مفتاح الكرامه، حيث قال: (ومثله ما لو زرع المأذون وغيره، وما لو ركبها وأردف غيره)، وتبعه الجواهر.

ومنه يعلم حال ما إذا بعّض، مثلاً استعار دابه زيد للسفر من النجف إلى كربلاء بأن يركبها، فركبها نصف الطريق وأركبها غيره نصف الطريق معه أو بدونه، أو حملها أو ما أشبه ذلك، فإنه إذا كان مقيداً كان عليه كل الأجره، وإن كان مطلقاً أى غير مقيد، كان عليه بعض الأجره، مثلاً إذا قيده بأن يسافر من كربلاء إلى النجف بنفسه على الدابه حتى أنه إذا لم يركب بعض الطريق عليها كان له كل الأجره كان عليه كل الأجره، وإن لم يكن التقييد كان عليه بعض الأجره.

واذا أعاره الأرض إعاره أن لا يستعملها، أو الدابه أن لا يركب أو يحمل عليها، فاستعملها أو ركبها كان عليه الأجره، ولو انعكس بأن أعاره الدابه أو الأرض ليزرعها ويركبها أو يحملها فلم يفعل، فالظاهر أن عليه الأجره، إذ حاله حال من

غصب دابه أو أرض غيره ولم يستعملها، فإن الغاصب عليه أجره ما فات من منافع المغصوب، ولو لم يستفد الغاصب منه.

ومما تقدم ظهر حكم أمثال تلك الأمور، كما إذا استعار حوض ماء للاغتسال فيه، فلم يستعمله فى الاغتسال، إما بأن لم يستعمله أصلًا أو استعمله باغتسال غيره أو بغسل الأوانى فيه أو ما أشبه ذلك، وكذلك حال استعاره السفينه والسياره والطائره والقطار وما أشبه.

أما لو استعار منه المصباح للاستناره به فقط، فاستنار هو وغيره به أو لم يستنر، فمقتضى القاعده أن كل ما يعد فى العرف ملكاً لصاحب المصباح يكون خلافه غصباً، بخلاف ما لا يكون ملكاً لصاحب المصباح من استناره الغير، وكذلك استبراد الغير بسبب المبرّده، وقد ذكرنا بعض الكلام فى ذلك فى كتاب إحياء الموات.

ص:٢٥٣

مسأله ٨: استعاره فحل الضراب

(مسأله ٨): قال فی الشرائع: (وكذا يجوز استعاره كل حيوان له منفعه، كفحل الضراب والكلب والسنور، والعبد للخدمه والمملوكه ولو كان المستعير أجنبياً منها).

أقول: وذلك هو مقتضى القاعده لإطلاق أدله العاريه بعد كون عاريه هذه الأمور عرفيه، وكثيراً ما تكون فيها منافع غير الاقتناء أيضاً، ولا يضر فی استعاره فحل الضراب إتلاف عين مائه لأنه من التوابع للنزو وإدخال الفرج ونحوهما التی لا تقدح أو علم بالسيره جوازها كما فی الجواهر، والكلب فائدته الحراسه ونحوها، والسنور فائدته اصطياد الحشرات.

قال فی الجواهر بعد ذكر الكلب والسنور وغيرهما من الحيوانات المملوكه: (وإن لم يكن لها منفعه يصح التكسب بها، ضروره وضوح الفرق بين سفه التكسب والإباحه بلا عوض).

أقول: وقد ذكرنا فی باب المكاسب أنه يصح التكسب بمثل الكلب والسنور لعدم السفه.

ومما تقدم يعلم الكلام فی التعدی، كما إذا استعار الكلب للاصطياد فاستخدمه فی الحراسه أو بالعكس أو فيهما، أو استعاره للاصطياد كل يوم مره فاستعمله كل يوم مرتين أو لم يستعمله لوحده الملاك فی الجميع.

ثم الظاهر صحه استعاره الديكه والاكبش ونحوها لأجل المصارعه، فإنها منفعه محلله شرعاً إذا لم يكن من القسم الحرام، فيجوز الاستعاره والاستجاره لأجلها، أما استعاره الحيوان لأجل أن يكون منزياً عليها بسبب حيوانه، فإن عد منفعه عقلائيه جاز، وإن لم يعد لم تصح الاستعاره، مثلاً دابته إذا لم تنز على الأنثى سبب لها المرض مما يبيح استعاره الأنثى لأجل ذلك، إلى غير ذلك من الأمثله، فإن أخطأ النازی مما سبب شروخاً فی الأنثى رجع الأمر إلى كونه تعدياً وتفريطاً فی الضمان وعدمه.

ص:٢٥٤

مسأله ۹: استعاره الحیوانات

(مسأله ۹): قال فی الشرائع: (ویجوز استعاره الشاه للحلب وهی المنحه).

وفی الجواهر: (لا خلاف ظاهراً فیه کما اعترف به بعضهم، بل عن بعض متأخری المتأخرین الإجماع علیه).

وفی مفتاح الکرامه عند قول العلامه: واستعاره الشاه للحلب إجماعاً: (کما فی المسالک علی تأمل له فی تحققه، ومجمع البرهان والمفاتیح، وفی موضع آخر من مجمع البرهان کأنه لا خلاف فیه، وفی الکفایه وموضع آخر من مجمع البرهان الظاهر أنه لا خلاف فیه، وقد أخذه جماعه من باب الإجاره مسلماً، وظاهرهم أنه إجماعی، وبالحکم صرح فی المبسوط والشرائع والتذکره والتحریر وجامع المقاصد والمسالک والکفایه ومجمع البرهان) انتهی.

والظاهر أنه هو مقتضی القاعده، لأن اللبن حاله حال المنی فی استعاره فحل الضراب، فلا فرق بینهما، فإن العرف یری استعارتهما للأمرین المذکورین کما تقدم فی استعاره الدار واستعمال ماء بئرها، فلا یقال: إن العین حیث تذهب لا یکون الأمر من الاستعاره، إذ لما رآه العرف کذلک شمله الدلیل الشرعی.

وبذلک یظهر وجه النظر فیما ذکره الجواهر قال: (إن تم الإجماع کان حجه فی مخالفه الضابط السابق لا الأصل المقطوع بما سمعت، ولا تسلط الناس علی أموالها الذی لا یقتضی مشروعیه العاریه، ولا کونه کالوکاله فی الانتفاع ولا الحاجه إلیها کی یناسب شرعها سهوله المله وسماحتها، ولا غیر ذلک مما ذکر فی کلام بعض متأخری المتأخرین مما لا یصح لإثبات مشروعیتها عاریه المنافی للضابط السابق، بناءً علی أن المنفعه إذا کانت عیناً لا تبطل، وإن سمیت منفعه وصح تسجیلها فی الوقف، إلّا أن مورد الإجاره والعاریه ما لیس بعین من المنافع إلّا ما

خرج بالـدليل للإجماع بحسب الظاهر على ذلك، ولأنه المتيقن من النص والفتوى، وحينئـذ فلابـد لعاريه المنحه من دليل وليس إلّا الإجماع إن تم، إذ لم نجد فى شـىء من نصوصـنا الدلاله عليها، نعم فى التذكره الاستدلال عليها بما عن النبى (صلى الله عليه وآله): «العـاريه مؤدات والمنحه مردوده والـدين يقضـى والغريم غارم»((١))، وهـو مع أنه من طرق العـامه لاـ دلاـله فيه إلاّـ على مشـروعيه المنحه التى يمكن اسـتفادتها من السـيره المسـتقيمه أيضاً، وهو لا يقتضـى كونها عاريه، بل لعله ضرب من الإباحه، بل لعل الخبر المزبور ظاهر فى كونها ليست من العاريه) انتهى.

فإن بعض ما ذكره وإن كان صـحيحاً إلّا أن ما ذكرناه من الـدليل كاف لعـدم الاحتياج إلى الإجماع، والإجماع يكون مؤيـداً له، وقد روى هذه الروايه غوالى اللئالى، عن أبى أمامه الباهلى، عن النبى (صلى الله عليه وآله) أنه خطب يوم فتح مكه فقال: «العاريه مردوده، والمنحه مردوده، والدين مقضى، والزعيم غارم»((٢))، ولاـ دلاله على أن العلامه أو غيره نقلها عن كتب العامه كما قاله الجواهر، لأـنهم كـانوا قـادرين على مـا لم نقـدر عليه من الروايـات، ولا ظهور فى الخبر على كون المنحه ليست من العاريه، لأن تعارف شىء يوجب التنصيص عليه، فهو من ذكر الخاص بعد العام، فجعله قسماً من الإباحه غير ظاهر.

المنحه

ومنه يعلم أنه يمكن التعـدى من المنحه إلى ما أشـبه، مثل اسـتعاره الحيوانات الأخر للاسـتحلاب أو للتبييض والاسـتفراخ أو للّبن والصوف والشعر والوبر وما أشبه، بل وكذلك استعاره الأمه للإرضاع، ولذا قال فى القواعد عطفاً على عبارته

١- المستدرك: ج٢ ص٤٩١ الباب ٢ من أبواب الضمان ح٢

٢- العوالى: ج٣ ص٢٤١ الباب الضمان ح١

السابقه: وكذا غيرها.

وعن التذكره أنه قال: تجوز إعاره الغنم للصوف والشعر، ثم استدل عليه بأن الحكمه تقتضيه، وبالروايه المتقدمه عن النبى (صلى الله عليه وآله)، وبما رواه الحلبى فى الحسن، عن الصادق (عليه السلام)، فى الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبه سمناً شيئاً معلوماً أو دراهم معلومه من كل شاه كذا وكذا، قال: «لا بأس بالدراهم ولست أحب أن يكون بالسمن»((١)).

وعن عبد الله بن سنان فى الصحيح، أنه سأل الصادق (عليه الصلاه والسلام) عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومه، لكل شاه كذا وكذا فى كل شهر، قال: «لا بأس بالدراهم فأما السمن فلا أحب ذلك إلاّ أن تكون حوالب فلا بأس»((٢)).

قال: وإذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى.

والظاهر أن مراد العلامه أنه إذا جاز إعطاء الغنم فى قبال أن يأخذ مالاً جاز إعطاؤه بدون أن يأخذ مالاً بطريق أولى، والإعطاء كذلك هو العاريه، وليس مراده ما عن مجمع البرهان حيث قال: إن مراده أنه إذا جاز جعل اللبن عوضاً لعمل الراعى من الرعى والحفظ فإعطاؤه بلا عوض يكون جائزاً بالطريق الأولى.

أو ما قاله مفتاح الكرامه: (من أن مراده إذا جاز إعطاء اللبن بالسمن والدارهم فإعطاؤه بدون ذلك أولى، والأولويه التى ذكرناها مراداً للعلامه لا يبعد فهم العرف إياها من الروايه، خصوصاً ومصارف العاريه غالباً على المستعير، وإن صح أن تكون مصارفها على المعير، كما إذا كانت الدار المستعاره يصرفها عليها المعير لا المستعير.

١- الوسائل: ج١٢ ص٢٦٠ باب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه ح١

٢- الوسائل: ج١٢ ص٢٦٠ باب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه ح٤

وكـذلك بالنسبه إلى الـدابه المسـتعاره يعلفهـا المعير دون المسـتعير، إلى غير ذلك من الأمثله، فجعل الجواهر اسـتدلال العلامه بـالروايتين أغرب محل تأمل، كما أن قوله بعـد ذلك: (وأغرب من ذلك ما عن الغنيه فى باب الهبه، ومن منـح غيره بقره أو ناقه أو شاه لينتفع بلبنها مـده لزمه الوفاء بذلك إذا قصد بها وجه الله تعالى شأنه، إذ هو كما ترى لا يدخل فى الهبه قربةً إلى الله تعالى لتجـدد الحلب آناً فآناً، كما لا دليل على لزومها منحه أو عاريه ما لم يكن ملزم خارجى من عهـد أو نـذر أو يمين أو اشتراط فى عقد لازم كما هو واضح). محل تأمل أيضاً، إذ قوله (عليه الصلاه والسلام): «ما كان لله فلا رجعه فيه» يشمل مثل ذلك عرفاً، فإن التجـدد آناً فآناً داخل فى الملك كما يـدخل فيه تجدد الماء فى العين أو البئر وتجدد الثمر وما أشـبه. وكيف كان، فقد ظهر مما تقـدم وجه النظر فى قول الريـاض، ويسـتثنى من مورد المنع حيث يثبت المنحه بالكسـر وهى الشـاه المعـاره للانتفـاع بلبنهـا، وقد أجمعوا عليه كمـا فى المسالـك والتـذكره وغيرهما من كتب الجماعه وهو الحجه دون الروايه لضـعفها، ثم منهم من اقتصـر على المجمع عليه، ومنهم من عـدى الحكم إلى غير الشـاه من الأنعـام ومن غير الانعـام، وإلى غير اللبن من الصـوف والشـعر، والأول أظهر، ولعله مختار الأكثر اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتقين) انتهى.

معارف المستعار

إذ قـد عرفت أن الأصل من العرف الـذين يرون صـحه العاريه فى مثل ذلك كله، ولا يبعـد أن يكون مرادهم من الشاه الأعم من الضأن والمعز، لإطلاق الشاه على ذلك كله، بالإضافه إلى أنه يمكن التمسك بالمناط إذا خصصنا الشاه بالضأن.

ولو أعاره الشاه قبل أن تدر اللبن فدرت كان المتبع قصد المعير.

وعلى أى حال، تصح إعاره النخله والزيتونه والتينه والتوته وسائر الأشجار التى ينتفع بأثمارها وأوراقها وأخشابها، وكذلك إعاره النحل ودود القز وغيرها وأن كل ذلك تسمى منفعه عرفاً، وإن كانت فيها الأعيان أيضاً، بل حتى لو سلم أنها ليست عاريه لها أحكامها فهى عقد عقلائى يشمله (أوفوا بالعقود)(1)، كما ذكرنا شبه ذلك فى أواخر الشرح، وذكره جمله آخرون من الفقهاء.

وفى مفتاح الكرامه: (تصح إعاره النخل والزيتون والتين والتوت وغيرها من الأشجار التى ينتفع بأثمارها أو أوراقها، لأن العاريه إباحه النخله، فإن لم تسمه عاريه فبأى عقد تدخلها، بل تصح استعاره الجاريه للانتفاع بلبنها وغزلها وتطريزها ونحو ذلك، وقد يقال: إنها نوع إباحه على حده، كما فيما لو قاطعه على اللبن مده معينه بعوض معلوم فإنهم قالوا إنها ليست بيعاً ولا إجاره، بل نوع معاوضه ومراضاه سائغه غير لازمه).

وكذلك تصح إعاره الأشجار التى ينتفع بصمغها، وإعاره الجبل وما أشبه الذى ينتفع بالمواد المذابه منه، إلى غير ذلك مما يرى العرف أنه داخل فى العاريه، ولعل كل ذلك مشمول لقول العلامه: (وكذا غيرها) حيث قال: (تجوز استعاره الفحل للضراب والكلب للصيد والسنور والفهد واستعاره الشاه للحلب وهى المنحه، وله الرجوع فى اللبن مع وجوده عنده، وكذا غيرها).

أما قوله: (وله الرجوع فى اللبن مع وجوده عنده) فلأن ذلك مقتضى العاريه، حيث إنها عقد جائز، ولا دليل على أن اللبن بمجرد الحلب ينتقل إلى ملك المستعير، وينبغى أن يكون كذلك حال سائر الفوائد فى غير المنحه.

١- المائده: الآيه ١

مسأله ۱۰ : الإعاره المطلقه أو الموقته

(مسأله ۱۰): قال فی الشرائع: (وتصح الإعاره مطلقه ومده معینه وللمالک الرجوع).

أقول: ذلک لإطلاق أدله العاریه، فتصح العاریه مطلقه ومده معینه، کما تجوز تحدیدها ببعض التحدیدات الأخر، مثل إلی مجیء الحاج أو ظهور الثمره أو ما أشبه إذا لم یکن غرراً، أما الإعاره ما دام الحیاه، حیاه المعیر أو المستعیر أو المستعار، فإن لم یوجب الغرر عرفاً فلا بأس به، وإن أوجب ذلک بطلت من حیث نهی النبی (صلی الله علیه وآله) عن الغرر((۱)).

وعلی أی حال، فللمالک الرجوع، کما أن للمستعیر الرجوع، لأنها عقد جائز علی ما تقدم تفصیله.

ثم قال الشرائع: (ولو أذن له فی البناء أو الغرس ثم أمره بالإزاله وجبت الإجابه، وکذا فی الزرع ولو قبل إدراکه علی الأشبه، وعلی الآذن الأرش، ولیس له المطالبه من دون الأرش).

وفی القواعد: (ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب إجابته لکن بشرط دفع أرش الغرس أو الزرع ولو قبل إدراکه).

وفی مفتاح الکرامه: (وکذا أرش البناء، وترکه اکتفاءً ببیان حکم الزرع والغرس، کما صرح بجمیع ذلک الشرائع والتذکره وجامع المقاصد والمسالک، وکما صرح بالإجابه مع دفع الأرش فی الغرس فی الخلاف، وفیه: إنا أجمعنا علی أن له قلعه مع الضمان، وکما صرح بذلک فی السرائر فی الغرس والبناء، وصرح بذلک فی الزرع والغرس فی الإرشاد، وکما هو ظاهر المختلف فی الزرع ولو قبل إدراکه، ونحوه ما فی شرح الإرشاد لولده، وعن الإیضاح أن الخلاف

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۳۳۰ الباب ۴۰ من أبواب آداب التجاره ح۳

فی المقام فی مسألتین: إحداهما فی البناء والغرس، فإن العاریه لهما إن لم تکن إلی أمد جاز الرجوع فیها إجماعاً، وإن کان إلی مده قال ابن الجنید: لا یجوز قبل انقضائها، والثانیه فی الزرع، قال الشیخ وابن إدریس: لیس له قلعه قبل إدراکه وإن دفع الأرش، لأن له وقتاً ینتهی إلیه) انتهی.

وعن المبسوط: أنه إذا أذن له فی الغرس ولم یعین له مده فغرس کان له المطالبه بالقلع إذا دفع الأرش، وقال: إذا أذن له إلی سنه ورجع قبلها لم یلزمه القلع بلا خلاف.

أقول: مقتضی القاعده هو ما ذکره المشهور من أن لکل منهما الحق فی القلع والإزاله ولو تضرر الاخر، لأنه مقتضی جواز العقد فلا یجب علی المعیر إبقاء البناء والغرس بأجره، کما لا یجب علی المستعیر إبقاؤهما فیما إذا تضرر المعیر بالقلع، وإذا أمر المعیر بالقلع وتضرر المستعیر لم یجب علیه الأرش، لأن کلاً منهما أقدم علی ضرر نفسه بعد علمه بأن عقد الاستعاره عقد جائز یجوز للطرف الآخر فسخه، فهو کما إذا وضع المستعیر فی الدار المستعاره أثاثه حیث إنه إذا أمر المعیر بإخلائها بأن فسخ العاریه أوجب علی المستعیر ضرر الحمل والنقل أو الکسر أو ما أشبه، واحتمال کون الأرش علی الآذن لا دلیل قطعی علیه.

ومنه یعلم أن قول الجواهر: (إنما الکلام فی حکم الغرس والبناء والزرع بعد فسخها، ضروره رجوع الأمر حینئذ إلی تزاحم الحقوق، إذ المستعیر لیس ظالماً فی عرقه وقاعده «لا ضرر ولا ضرار» جاریه فی المقام بالنسبه إلیهما معاً، فاحتمال تسلط المعیر علی الإزاله مطلقاً بلا أرش للأصل، ولأن المستعیر هو الذی أدخل الضرر علی نفسه بإقدامه علی العاریه التی یجوز فسخها فی کل وقت، لا یخفی علیک ما فیه، لانقطاع الأصل بما عرفت من القاعده، والإقدام علی العاریه أعم من

الإقدام على الضرر المبنى على اقتضاء التسلط بفسخها على ذلک، وهل هو إلّا مصادره).

حق المعير مقدم

محل نظر، إذ حق المعير مقدم لأنه ملكه، فهو كما مثلنا من أمره بنقل أثاثه من داره، والمستعير ظالم فى عرقه بعد أمره بالإزاله، ولا تلازم بين عدم ظلمه أولاً عند وجود العاريه، وبين ظلمه بعد فسخها إن أبقى، فالأصل لم ينقطع، وليس الإقدام على العاريه أعم، بل هو إقدام على الضرر لتضرره إذا أمره بالإخلاء فأين المصادره.

وكأنه لذا أستشكل فيه العلامه وولده والشهيد: (من أنه بناء وغرس محترم صدر بإذن فلا يجوز قلعه إلّا بعد ضمان نقصه، ومن أن المستعير قد أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العاريه القاضيه بالرجوع القاضى بالتخريب فى أى وقت شاء، فكان هو المهدم والسبب، مع أن الأصل براءه ذمه المالك من ثبوت مال لغيره عليه من جهه تخليص ملكه منه، بل أصاله البراءه مطلقاً).

ومن الواضح ضعف دليل الأول، وأن كونه بناءً وغرساً محترماً صدر بإذن لا ينافى أن للمعير إخلاء ملكه منهما على ما ذكرنا، نعم يلزم أن لا يكون تبذيراً وإسرافاً لأنه محرم شرعاً، فحاله حال ما إذا أراد مالك السفينه إخلاء سفينته المستعاره فى وسط البحر، حيث يلزم منه إلقاء الإنسان أو الحيوان أو المال مثلاً فى البحر، فإنه لا يجوز ذلک، وإنما له الأجره جمعاً بين حق المالک وحرمه الإخلاء.

أمّا موثق محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه الصلاه والسلام)، فى رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع فى البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلک ولم يستأمر صاحب الدار بذلک، فقال: «عليه الكرى ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمه عدل فيعطيه الغارس إن كان استأمره فى ذلک، وإن لم يكن

استأمره فی ذلک فعلیه الکراء وله الغرس والزرع ویقلعه ویذهب به حیث یشاء»((۱)).

ففی الجواهر: (إنه لم أجد به عاملاً عدا ما عن المبسوط من إجبار الغارس علی القبول مع دفع القیمه مع أنه مضطرب، لأنه علی ما فی الکافی بعد قوله: «فیعطیه الغارس وإن کان استأمره»: «فعلیه الکری وله الغرس والزرع یقلعه ویذهب به حیث یشاء»، وحینئذ یکون دالاً علی أن لصاحب الأرض المغصوبه تملک ما زرعه الغاصب فیها وغرسه، کما عن أبی علی (رحمه الله)، ولا ریب فی منافاته حینئذ لأصول المذهب وقواعده).

وإن کان مقتضی القاعده أنه إن کان القلع بدون الإسراف وجب، لأنه إیصال حق کل واحد منهما إلیه، وإن کان مع الإسراف قوم وأعطی للغارس القیمه لأنه جمع بین الحقین.

وحیث إن فی التقویم التفکیک کما فی کل مشترک قدم علی أن یبقی الغرس للغارس مع إلزامه إعطاء الأجره للمالک، من غیر فرق فی الصورتین بین أن کان استأمره أو لم یستأمره، اللهم إلاّ أن یتکلف فی تطبیق الموثقه علی القواعد، وهو مشکل، وقد ذکرنا فی کتاب الغصب بعض تفصیل الکلام فی ذلک، والله سبحانه العالم.

ثم الظاهر من الشرائع عدم التسلط علی الإزاله إلاّ بعد دفع الأرش، لأنه قال: (وعلی الآذن الأرش ولیس له المطالبه بالإزاله من دون الأرش)، فإنه لو أراد الشرائع ما ذکره الجواهر فی تفسیر کلامه کانت الجمله الثانیه تکراراً للجمله الأولی.

قال فی الجواهر: (یمکن إراده المصنف عدم السلطنه له علی المطالبه

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۸۲ الباب ۲۳ من أبواب الإجاره ح۱

بإزالته مجاناً، وليس هو بصـدد سـبق الدفع وتأخره ومقارنته، ضـروره كون ذلك من الأحكام لا المعاوضات بمعنى تسـلط المعير على طلب الإزاله من المستعير، وعليه الأرش فلكل منهما حق على الآخر لا مدخليه له فيه، وعصيان أحدهما فيه لا يقتضى الجواز للآخر، وكلام المصـنف وما شابهه إنما هو فى عـدم اسـتحقاق الإزاله بدون اسـتحقاق الأرش لا بدون سـبق دفع الأرش الذى لم يقم عليه دليل معتبر، بل لعل ظاهر الأدله خلافه، والأمور الاعتباريه مع أنها غير تامه لا تصلح لأن تكون مدركاً شرعياً).

فإن كلامه وإن كان صحيحاً، إذ لا دليل على تقديم أحد الأمرين على الآخر، إلّا أن الكلام فى ظاهر ما ذكره الشرائع.

قلع شجر المستعير

والمسالك استظهر ما ذكرناه، وإن كان فى دليله الذى ذكره لكلام الشـرائع نظر، لأنه أقرب شىء إلى الاستحسان، حيث قال فى المسالـك: (لاـ تجب إجـابته إلى القلع قبـل دفعه وإن بـذله لاحتمـال تعـذر الرجوع عليه بالفلاـس أو غيبه ونحوهمـا فيضـيع حق المسـتعير ويلزم الضـرر، بخلاف ما لو دفع أولاً، فإن غايته أن يهرب المسـتعير أو يتعذر مباشرته للقلع فيباشره المعير بإذن الحاكم مع إمكانه، أو لا معه مع تعذره وتعذر إذن المالك فلا يحصل الضرر).

ثم قال: (لكن هـذا الـدفع نوع من المعاوضه، ومن شأنها أنهما مع الاختلاف يجبران على التقابض معاً من غير أن يسـبق أحـدهما الآخر، وإنما حكم هنا بسـبق دفع الأرش، لأن المعيه غير ممكنه، وفى بسط الـدفع على الأجزاء حرج وعسـر، والضـرر عن الـدافع مندفع بخلاف العكس، فلذلك حكموا بتقدمه) انتهى.

ص:۲۶۴

مع أن فی ما ذکره من العله نظراً لإمکان وجوه أخر کأخذ الکفیل، والعسر والحرج أخص من المدعی.

ومما تقدم علم بأنه لو أمکن القلع بدون الإسراف قدم علی شراء المالک من الغارس جبراً، أو إبقاء الغارس له فی أرضه بالأجره جبراً، لأنهما خلاف تسلط الناس علی أموالهم، وإن کان فی القلع إسراف حیث المحذور الشرعی فالاشتراء الجبری مقدم، لما تقدم من أن أکثریه الحق له، فإذا دار بینهما قدم حق من له أکثریه الحق لأن سلطته أوسع، فتأمل.

قال فی القواعد: (والأقرب توقف تملک الغرس بالقیمه أو البقاء بالأجره علی التراضی).

والظاهر أن الأمر لیس دائراً بینهما فقط، وإنما ذکرهما القواعد من باب المثال، وإلا فیمکن الصلح أو الهبه المعوضه أو ما أشبه ذلک.

وعلی أی حال، فقد قال فی مفتاح الکرامه عند قوله: والأقرب توقف تملک الغرس بالقیمه: (هو خیره التذکره والمختلف والإیضاح وجامع المقاصد، والمخالف الشیخ فی المبسوط قال: وإن قال المعیر: أنا أغرم لک قیمتها، فطالبه بأخذ القیمه کان ذلک له، وأجبر المستعیر علی قبضها لأنه لا ـ ضرر علیه، وحکی مثله عن أبی علی فیما إذا کانت الإعاره غیر موقته، ویأتی للمصنف فی باب الإجاره موافقه المبسوط، وقد استدل علیه فی مزارعه الخلاف بالإجماع والأخبار، ومفهوم الخبر المشهور: «لیس لعرق ظالم حق» وبخبر عائشه).

ثم قال مفتاح الکرامه عند قول العلامه: أو الإبقاء بالأجره علی التراضی إجماعاً: کما فی الإیضاح. وفی التحریر: لو قال المستعیر: أنا أدفع قیمه الأرض لم یلزم المالک إجابته

إجماعاً، ولعله لما تقدم، ولأن الأرض أصل والغرس والبناء تابعان، وينبغى التأمل فى وجه درجه تحت الأقرب مع أنه إجماعى).

ثم الظاهر ما ذكره المسالك حيث قال: (وهل يعتبر فيه _ أى فى البقاء _ مجاناً أو بأجره، كلام الشيخ صريح فى الأول، وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعه، مع احتمال اعتبار الثانى، بل اختاره بعد ذلك وحكاه عن التذكره، قال: لأن جواز الرجوع فى العاريه لا معنى له إلاّ أن تكون منفعه الأرض ملكاً لصاحبها لا حق لغيره فيها، وحينئذ فلا يستحق الإبقاء فيها إلاّ برضاه بالأجره، وحق المستعير يجبر بالأرش، كما أن حق المعير يجبر بالتسلط على القلع ويأخذ الأجره لو اتفقا على إبقائها).

فمثلًا إن الشجر إذا بقى هناك بأجره كانت قيمته عشره، بينما لو بقى بدون أجره كانت قيمته عشرين، فحيث إنه لا حق للغارس فى الإبقاء بدون أجره لوحظ قيمته عشره، فإذا قلع وأذهب القلع نصف القيمه، لأن صارت قيمته خمسه أعطاه مالك الأرض خمسه لا خمسه عشر.

الإبقاء بأجره

ولا يخفى أن البقاء بأجره يساوق عدم الحق فى البقاء، فإشكال الجواهر على المسالك غير ظاهر، حيث قال: (عليه قلنا: إنه لا وجه لاعتبار البقاء مجاناً أو بالأجره فى التقويم بعد فرض عدم استحقاق شىء منهما لذى الغرس أو البناء، بل هو فى بعض الأفراد كمال الضرر على المعير، خصوصاً مع ملاحظه البقاء مجاناً فى التقويم، فالمتجه حينئذ أن المراد بالأرش هو تفاوت حالى الشجره بالقلع وعدمه إن كان، ونقص آلات البناء بسبب الهدم بمعنى ضمان نقصها الحاصل بالقلع والهدم من حيث كونه قلعاً وهدماً من غير ملاحظه البقاء مغروساً ومبنياً الذى هو غير مستحق المستعير لا مجاناً ولا بأجره).

ص:۲۶۶

إذ کلامه علیه لا یزید علی تغییر عباره بعباره أخری، بل اللحاظ العرفی هو ما ذکره المسالک، مثلًا الأجر والأخشاب لها ثلاث اعتبارات:

الأول: کونهما غیر مبنیه.

الثانی: کونهما مبنیه بأجره.

الثالث: کونهما مبنیه بغیر أجره.

والعرف عند التقویم بعد أن بنیا لا یلاحظ الحاله الأولی لهما، بل یلاحظ إحدی الحالتین.

ثم إن مقتضی ما ذکروه من الأرش أنه إذا لم یکن للمقلوع أیه قیمه کان علی المالک إعطاء کل القیمه، کما أنه إذا کان المقلوع مساویاً قیمته للباقی لم یکن علی المالک شیء، وحیث قد ذکرنا فی کتاب الغصب مسأله ما إذا زادت قیمه الأرض بالقلع أو زادت قیمه المقلوع بالقلع فلمن یکون ذلک الزائد، فلا وجه لتکراره فی المقام.

ثم إن التذکره قال: (للمالک الرجوع فی العاریه قبل انقضاء المده بالأرش، وبعدها مجاناً إن شرط المعیر القلع أو نقض البناء بعد المده، أو شرط علیه القلع متی طالبه به عملاً بالشرط، فإن فائدته سقوط الغرم فلا یجب علی صاحب الأرض ضمان ما نقص الغرس بالقلع، وإن لم یکن شرط القلع واختاره المستعیر کان له ذلک، وإن لم یختر القلع وأراده المعیر فلابد من الأرش).

لکن فیه ما ذکره الجواهر، حیث قال: (إنه ینافی أصاله براءه الذمه السالمه عن المعارض، ضروره عدم حق له بعد انتهاء المده، ولا مدخلیه لاشتراط القلع وعدمه، کما لو استأجر منه أرضاً لذلک مده انتهت وأراد المالک تفریغ أرضه، فإن المتجه عموم تسلط الناس علی أموالهم، وأن «المؤمنون عند شروطهم» ولم یصدر الإباحه من المالک إلّا إلی الأمد المخصوص الذی قد دخل المستعیر

على القلع عند انقضائه كما عن المحقق الثانى اختياره).

ثم إن ما ذكروه من مسأله الإدراك وعدمه يلزم أن يحمل على المثال، وإلا فقد يدرك لكن يتضرر الغارس بقلعه أيضاً، لأن إبقاءه مده أخرى يوجب زياده المنفعه، وقد لا يدرك ولا يكون لإبقائه مزيد قيمه، ولا فرق فى عدم الإدراك بين أن يكون لعدم كفايه المده أو لأمر خارجى كقصور الماء وهبوب الرياح المتزايده أو عدم هبوب الرياح أو عدم إشراق الشمس أو ما أشبه.

ولذا أشكل الجواهر على التذكره الذى فصل بين الأمرين، قال: (نعم قد يتوقف فيما لو أعاره للزرع مده معينه فانقضت ولما يدرك، لا لتقصير منه بل لهبوب الرياح وقصور الماء ونحوهما، مما هو ليس من تقصير المستعير، بل عن التذكره الجزم باستحقاق الأرش كالعاريه المطلقه، ولعله باعتبار أن له مده تنتظر فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها)((1))، ثم أشكل عليه بعموم تسلط الناس، والمؤمنون عند شروطهم ونحوهما.

ثم لو كان لشيء إدراكات متعدده، فالعبره بمجموع الإدراكات لا بالإدراك الأول، كما فيما يؤخذ منه جزات أو خرطات أو ما أشبه.

ولو تمكن المستعير من تعجيل الإدراك بسبب السماد أو ما أشبه وجب عليه ذلك، للزوم إفراغ ملك الغير فوراً ففوراً، لأنه مقتضى تسلط الناس على أموالهم، فحاله حال ملك الغير إذا كان مشغولاً بأثاث إنسان آخر، حيث إنه يجب عليه إفراغ ملكه عن أثاثه فوراً ففوراً.

ص:٢٦٨

١- جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٧٨

مسأله ١١ : الإعاره للدفن

(مسأله ١١): قال فى الشرائع: (ولو أعاره أرضاً للدفن لم يكن له إجباره على قلع الميت).

وفى الجواهر تقييده بكون الميت محترماً، وأنه يجوز إن اطمئن باندراسه بالنسبه إلى تلك الأرض على وجه لا ينافى احترامه، ثم قال: بلا خلاف أجده فيه، والإجماع بقسميه عليه.

أقول الأحكام المذكوره كلها ظاهره، أما الحرمه فلأدله أن احترامه ميتاً كاحترامه حياً، وما دل على حرمه النبش من الإجماع وغيره، وأما الجواز إن اطمئن بالاندراس فلوضوح أنه بعد الاندراس لا يعد قبراً، فى غير مثل العلماء والصالحين مما يبقى احترامهم أبداً ولو صاروا تراباً، فينتفى الحكم بانتفاء الموضوع، ولا فرق فى ذلك بين الميت كله أو بعضه.

ولا يخفى أن المراد عدم جواز النبش والاسترجاع أو عمل ينافى احترام الميت، أما فسخ العقد فلا إشكال فيه، لأنه عقد جائز قابل للفسخ، وهل بعد ذلك له البقاء مجاناً، لأن الإذن فى الشىء إذن فى لوازمه، أو باجره لأنه جمع بين الحقين، مقتضى القاعده الثانى، وإن كان الأول غير بعيد أيضاً.

أما لو اتفق جواز النبش بأمر آخر كنقله إلى المشاهد المشرفه لو قلنا بجواز ذلك، أو كون البقاء هنا خطراً على الميت من حيوان أو ما أشبه، فلا إشكال فى أنه له الحق فى أخذ الأرض.

قال فى المسالك: (المراد بالميت هنا المسلم أو من بحكمه كولده الصغير والمجنون واللقيط بشرطه، إذ لا حرمه لغيره، وإنما لزمت الإعاره هنا لما فى النبش من هتك حرمته الثابته له بعد الوفاه كالحياه وهو موضع وفاق، وغايه المنع من الرجوع اندراس عظام الميت وصيرورته رميماً، والمرجع فى ذلك إلى

الظن الغالب بحسب التربه والأهويه، وإنما أطلق المصنف المنع لأنه علقه على القلع، ولا يتحقق إلّا مع بقاء شیء من أجزائه، فإذا بلی لم يتحقق القلع فارتفع المنع).

أقول: أما كفايه غلبه الظن، فلأنه لا يتحقق موضوع النبش بعد ذلک، فإن العرف لا يرونه نبشاً، نعم إن غلب ظنه بل لو قطع ثم نبش وتبين بقاء الجسد أو بعضه وجب عليه الإبقاء، إذ الظن والعلم وما أشبه طريقی لا موضوعی.

ثم لا إشكال أنه بعد طم القبر يصدق النبش، أما بعد وضعه وقبل طمه فهل يصدق النبش، احتمالان، وإن كان الظاهر عدم الصدق، نعم ربما ينافی احترام الميت، أما قبل وضع الميت فی القبر فلا إشكال فی جواز الفسخ لأنه ليس من النبش فی شیء.

قال فی الجواهر: (إن من المعلوم أن ذلک بعد تحقق الدفن الذی يحرم معه النبش، أما الرجوع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فلا كلام فی عدم ترتب حرمه الدفن حينئذ عليه، بل صرح غير واحد من الأصحاب بأنه كذلک بعد الوضع قبل المواراه لعدم صدق النبش حينئذ، اللهم إلاّ أن يقال: إنه وإن كان كذلک إلّا أنه يمكن دعوى مساواته له لما فی الإخراج من هتک الحرمه، ولذا أمروا بقرض نجاسه الكفن فيه إذا لم يمكن غسلها، بل قيل لم يجوزوا نقله إلى قبر آخر، لكن الإنصاف عدم الاكتفاء بذلک دليلًا لمثل ذلک).

وهو كما ذكره، لأن الخروج عن الحكم المسلّم بأمثال هذه الأمور الشبيهه بالاستحسان محل منع.

أما قوله بعد ذلک: لولا الإجماع هنا على حرمه النبش لأمكن القول بجوازه، لعموم تسلط الناس، ولأولويته من جمله من الأمور التی جوزوا النبش لها، مع أنه لا إطلاق ولا عموم على حرمته كی يتمسک بهما إلاّ

الإجماع الذى لولا اعتضاده بما هنا لأمكن المناقشه فى تناول معقده لما هنا) انتهى.

فلا يخفى ما فيه، فإن السيره القطعيه بالإضافه إلى الإجماع القطعى، وتأييد بعض الروايات للحرمه المطلقه كروايه الصدوق، «فأنزل الله تبارك وتعالى على نبيه (صلى الله عليه وآله): (الذين إذا فعلوا فاحشه) يعنى الزنا (أو ظلموا أنفسهم) يعنى بارتكاب ذنب أعظم من الزنا ونبش القبور وأخذ الأكفان (ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم) إلى أن قال: «ثم قال عزوجل: (ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون)((١)) يقول الله عزوجل: ولم يقيموا على الزنا ونبش القبور وأخذ الأكفان» الخبر.

ومثله غيره، لا يدع مجالاً لما ذكره (رحمه الله)، وحيث قد ذكر جمله من مسائل نبش القبر فى كتاب الطهاره لا داعى إلى تكرارها هنا.

ثم لا يخفى أن المنافق والمخالف والكافر والمحترم والباغى فى غير البغى على الإمام فى حكم المسلم، وفى الأخير هو مسلم له أحكامه، لا الكافر الحربى ومن بحكمه، وقد ذكرنا فى بعض مباحث (الفقه) أن أقسام الكافر أربعه: الحربى والذمى والمعاهد والمحايد.

خابيه المعير

ومثل الأرض فى الحكم المذكور خابيه المعير التى يوضع فيها الميت لإلقائه فى البحر، فلا يحق لمعيرها استخراجها بواسطه الغوص مثلاً، ثم إن أخرجت للدفن حق له أخذها، وكذا بعد فراغها لأكل الأسماك للميت ونحوه.

ولو كان

١- آل عمران: الآيه ١٣٥

المعیر والمستعیر کافرین عوملا حسب معتقدهما، ولو کان اعتقادهما مختلفاً فصله الحاکم حسب عقیده الإسلام فی لزوم الإعاره للدفن وعدمها.

ولوکان أحدهما مسلماً قدم، لأن «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه».

والمذهبان فی الإسلام یعامله الحاکم حسب عقیدتهما مع الاتفاق، وحسب رأی الحاکم مع الاختلاف.

وکذلک حال المقلد والمجتهد.

مسأله ۱۲ : لوازم العاریه

(مسأله ۱۲): قال فی الشرائع: (وللمستعیر أن یدخل إلی الأرض ویستظل بشجرها).

وهو کما ذکره إن کان ظاهر اللفظ شاملاً ولو بمعونه القرائن الحالیه أو المقالیه، کما هو المتعارف فی الحال الحاضر، وذلک لأن العاریه شامله لمثل هذه الأمور، ولذا استدل علیه فی الجواهر بقوله: (لأن ذلک کله ونحوه من توابع مثل هذه العاریه فی العاده، وقد سمعت سابقاً أن له الانتفاع بما جرت العاده به).

أقول: ومنه یعلم وجه النظر فی تفصیل القواعد، حیث قال: (وللمستعیر الدخول لسقی الشجر ومرمه البناء دون التفرج)((۱))، لأنه لا فرق بین الأمرین، فإن کان اللفظ شاملاً لهما جاز وإلا لم یجز أحدهما.

وفی مفتاح الکرامه: (فی المبسوط والتحریر أنه لیس له الدخول بغیر حاجه، وزاد فی الثانی قطعاً، قال: لیس له الدخول بغیر حاجه قطعاً، وفی دخوله لحاجه سقی الغرس وجهان قوی الشیخ المنع وهو کذلک، لکنه ذکره فی مسأله بیع الغرس علی الأجنبی، قال: والأقوی أنه لا یجوز فی المسألتین ولم یذکر هنا إلّا الوجهین من دون تقویه لأحدهما، قال: والوجهان أحدهما لیس له الدخول، لأن الانتفاع بالأرض لا یجوز بعد رجوعه، والثانی له ذلک لأنا إن لم نجعل له الدخول لمصالح الغرس أتلفنا علیه ذلک، وذلک لا یجوز).

ولا یخفی أن فرض التحریر فیما إذا رجع المعیر ولم یدفع قیمه الغرس ولا ضمن الأرض وامتنعا من البیع.

ومنه یعلم وجه النظر فیما عن التذکره حیث قال: (لیس للمستعیر دخول الأرض للتفرج إلّا بإذن المعیر، لأنه تصرف غیر مأذون فیه، نعم یجوز له الدخول

۱- قواعد الأحکام: ج۲ ص۱۹۶

لسقى الشجر ومرمه الجدار حراسه لملكه عن التلف والضياع)، ونقل نحوه عن جامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه، معللين بأن الاستعاره وقعت لمنفعه معينه وهو الغرس فلا يتعداها.

ولذا الذى ذكرناه من أن القاعده عدم الفرق أشكل عليهم الجواهر بأن قولهم كما ترى، وأنه لا يبعد أن يكون ذكر الشرائع لذلك تعريضاً بما سمعته عن المبسوط.

وكيف كان، فمن ذلك يعلم أنه ما يستلزمه العاريه مباح له، مثل حفر البئر فى المكان المحتاج إلى حفر البئر ونصب الناعور وإجراء الجداول والسواقى ونحوهما، وكرى الأنهار وتجفيف الثمر، وجعل المخزن للأحطاب والأثمار ونحوها، فإن كل ذلك من شؤون العاريه، ولا يختص أيضاً بنفس المستعير، إذ المتعارف أن المستعير مع عائلته يسكن فى البستان ونحوه ويستخدمون عمالاً ونحوهم لأجل شؤونها.

والحاصل: إن المعيار هو ما يستفاد عرفاً من العاريه.

نعم إذا لم يكن اللفظ شاملاً لشىء أو منع المعير مع الشمول لم يكن للمستعير ذلك.

ومنه يعلم حال ما إذا استعار الدار، فإن له أن يسكنها مع عائلته ويستضيف فيها أو يجعل مجلس الوعظ والإرشاد وما أشبه.

وأما المعير فقد قال المسالك: (إذا استعار الأرض للغرس وغرسها جاز لكل من المعير والمستعير دخول الأرض، أما المعير فلأن الأرض ملكه فله الدخول إليها فى كل وقت، وله أن يستظل بشجرها وإن كان ملكاً لغيره، لأنه جالس فى ملكه، كما لو جلس فى غيره من أملاكه واتفق له التظلل بشجر غيره، أو فى المباح كذلك، والضابط أنه يجوز له الانتفاع منها بكل ما لا يستلزم التصرف فى الغرس ومثله البناء).

وفى القواعد: (يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء

والشجر، وكل ما لا يضر البناء).

وفى مفتاح الكرامه: (قد صرح بأنه يجوز للمعير دخول الأرض والاستظلال بشجرها فى المبسوط((۱)) والتذكره((۲)) والتحرير((۳)) واللمعه((۴)) وجامع المقاصد((۵)) والمسالك((۶)) والكفايه((۷))، وزيد فى المبسوط والتذكره الانتفاع بالأرض كما فى الكتاب، كما زيد فى الثانى الاستظلال بالبناء والكل بمعنى).

وقال فى التذكره: (للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستظلال لأنه جالس على ملكه، وليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر ولا غصن ولا ورق ولا غير ذلك، ولا يضرب وتداً فى الحائط ولا التسقيف عليه، وفى المبسوط والتحرير ليس له الانتفاع بالشجرمن شد دابه وغيرها).

لكن لا يخفى أن دخول المعير أحياناً يكون خلاف شأن العاريه، خصوصاً فى مثل الدار والبستان، حيث يسكن أهل المستعير، اللهم إلاّ إذا فسخ العاريه فيكون من باب السالبه بانتفاء الموضوع، وكأنه إلى ذلك أشار الجواهر، حيث قال: (لا يخفى عليك وجه النظر فى انتفاع المعير فى البناء والغرس من دون إذن المستعير، بناءً على أن مثله تصرف، كما جزم به بعض مشايخنا فأبطل الصلاه تحت السقف المغصوب كما ذكرناه فى كتاب الصلاه، ولعل كلام الأصحاب هنا مؤيد لما قلناه، بل ظاهرهم عدم حرمه ذلك مطلقاً على المعير، إذ ليس هو إلاّ تصرف فى أرضه، وإن قارن ذلك انتفاعاً له على نحو الاستضاءه بنار الغير وهو جالس فى ملكه، إلاّ أن الإنصاف عدم خلو ذلك من إشكال مع فرض قصد استيفاء منفعه الاستظلال بالسقف دفعاً للمطر والحر ونحوهما، إذ هو إن لم يكن تصرفاً فيه فلا ريب فى كونه انتفاعاً به على وجه يضمن أجرته للمالك).

وقد ذكرنا فى كتاب إحياء الموات قسماً من الانتفاعات كالاتكاء على

۱- المبسوط: ج۳ ص۵۵

۲- تذكره الفقهاء: ج۲ ص۲۱۳ س۲۱

۳- تحرير الأحكام: ج۶ ص۲۱۶

۴- اللمعه الدمشقيه: ص۱۵۶

۵- جامع المقاصد: ج۶ ص۷۴

۶- مسالك الأفهام: ج۵ ص۱۴۹

۷- كفايه الأحكام: ج۱ ص۷۰۷

حائط الغیر والاستضاءه بنوره والاستحرار بناره والاستبراد ببرادته، إلی غیر ذلک، کما ألمعنا إلی ذلک فی کتاب الغصب.

نعم لا ینبغی الإشکال فی أنه إذا استعار أرضاً للزراعه أو للسکنی أو ما أشبه ولو کانت وسیعه جداً لا یحق للمستعیر دفن میته فیها إذا لم تکن شامله له، کما أنه یحق للمعیر دفن میته فیها إذا لم یکن من قبیل الدخول فی الدار المستعاره من المعیر.

ثم حیث إن الاستعاره لیست خاصه بالملک، بل للإنسان أن یعیر غرفته فی المدرسه إلی طالب آخر وهکذا، فاللازم فی العاریه التی هی من هذا القبیل مراعاه الأمرین: حق الوقف وحق المعیر، وکذلک الحال فی إعاره کتاب الوقف ممن سبق إلیه إلی إنسان آخر، إلی غیر ذلک من موارد العاریه فی الأوقاف.

ثم إن المسالک قال: (ویعلم من قوله: إن المستعیر لیس له الدخول للتفرج، أنه لا یجوز لأحد الدخول إلی أرض غیره للتفرج بطریق أولی إلاّ بإذن المالک، نعم لو کان صدیقاً توجه الجواز مع عدم قرینه الکراهه، کما تقدم فی صدر العاریه) ((1))، وتبعه فی ذلک مفتاح الکرامه، وهو کما ذکراه.

نعم فی الأراضی الواسعه التی ذکر الفقهاء فی باب الطهاره دخولها والعبور منها والتوضی من أنهارها یجوز الدخول بدون إذن المالک.

وحیث قد عرفت أن للمستعیر أن یستعمل الأرض والدار وشبههما حسب ما یشمله لفظ العاریه، فیجوز له ربط دابته وإیقاف سیارته وما أشبه فی أمثال هذه العاریات.

الأرض للزرع

ثم لو أعار أرضه للزرع أو داره للسکنی أو ما أشبه، ثم لم یأذن للمستعیر فی الدخول لأجل السقی أو الاقتطاف أو ما أشبه کان من صغریات رجوع المعیر فی عاریته، وقد تقدم الکلام فی ذلک، إذ لا فرق فی الرجوع بین الرجوع فی العاریه مطلقاً، أو فی

١- مسالک الأفهام: ج۵ ص ۱۵۰

بعض شؤون العاريه.

ثم إن الشرائع قال: (ولو أعار جداره لطرح خشبه وطالبه بإزالتها كان له ذلك، إلاّ أن تكون أطرافها الأخر مثبته فى بناء المستعير فليس له إلزامه بالإزاله وإن بذل الأرش لأنه يؤدى إلى خرابه وإجباره على إزاله جذوعه عن ملكه، وفيه تردد).

وحيث ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى كتاب الصلح فلا وجه لتكراره هنا.

ثم الظاهر أن مثل مد أنابيب الماء وأسلاك الهاتف والكهرباء وما أشبه إلى الدار المستعاره أو البستان المستعار بما يستلزم من خراب الأرض ودق الوتد فى الحيطان وما أشبه مشمول لظاهر عقد الاستعاره، إلاّ أن يكون عرف خاص أو قرائن خاصه أو نص خاص على العدم.

كما أن حال التبييض والتلوين للغرف والمرافق ونصب الرفوف ونحوها أيضاً كذلك.

وفى عاريه البيوت المنتقله سواء البيوت الخشبيه فى البحر أو البنائيه فى البر يأتى كل ما تقدم من الكلام، فنقلها من محلها إلى محل آخر إذا كان مشمولاً للعاريه جاز، وإلا لم يجز.

كما أن البيوت الجاهزه التى تركب إذا أراد المستعير فرز الترتيب السابق وتركيبها تركيباً جديداً يكون حسب شمول دليل العاريه.

ثم لو أحدث بعض التغييرات من الزياده والنقيصه ونحوهما يجب على المستعير تبديلها إلى الحاله الأوليه ثم ردها إلى المالك، بينما بعض التغييرات ليست كذلك، وكل ذلك حسب ما يفهم من عقد العاريه.

مسأله ۱۳ : هل يغرس غير الشجره المنقلعه

(مسأله ۱۳): قال فی الشرائع: (لو أذن له فی غرس شجره فانقلعت جاز أن يغرس غيرها استصحاباً للإذن الأول، وقيل: يفتقر إلی إذن مستأنف، وهو أشبه).

أقول: مقتضی القاعده أن عقد العاريه إن كان شاملاً للتجديد جاز وإلا لم يجز، فاستدلال قول الأول بالاستصحاب للإذن السابق كاستدلال القول الثانی بأنه أشبه بأصول المذهب وقواعده المقتضيه حرمه التصرف فی مال الغير بغير إذنه، إذ الأولی قد انتهت بحصول مقتضاها وغرس الشجره الأخری شیء جديد، بل إن لم يكن ثم قرينه يشكل إعاده غرسها، إذ الظاهر أن الإذن فی الغرس كالأمر به تحقق بالمره، محل تأمل.

ومنه يعلم الكلام فی قول القواعد: (لو انقلعت الشجره لم يملك إعادته)، كقول التذكره: (فإن قلع القصيل المأذون له فی زرعه فی غير زمنه المعتاد أو سقط الجذع كذلك وقصر الزمان جداً، فالأولی أن يعيده بغير تجديد الإذن).

وفی الجواهر تعليقاً علی قول التذكره: (لأنه من الإذن الأولی، لعدم تحقق مقتضاه المأذون فيه كما هو واضح، بل هذه المسائل ونحوها مما لا حظ للفقيه فيها لاختلاف القرائن الحاليه، فضلاً عن غيرها).

ثم الميزان فی جواز قلع النبت والشجر عند إرجاع الأرض وعدم القلع، وتسويه الحفر وعدمها، ما ذكرناه من كون المرجع ظاهر عقد العاريه، فإذا كان هناك شرط أحد الجانبين من القلع والترك فهو، وإلا فمقتضی القاعده الرجوع إلی الظاهر، ولذا قال القواعد: (لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً وتسويه الحفر ألزم الوفاء ولا أرش، وإن شرط الأول لم يكلف المستعير التسويه).

وفی مفتاح الكرامه: (إذا غرس قبل رجوعه، فإن أمكن قلعه من غير نقص

يـدخله قلع، وإن لم يمكن إلاّ ـ مع النقص والعيب فإن كان شـرط عليه القلع مجاناً وتسويه الحفر ألزم ذلك عملاً بالشـرط، لقوله (عليه الصلاه والسلام): «المؤمنون عند شروطهم»[(۱)]، فإن امتنع قلع المعير مجاناً، وإن كان قد شرط القلع مجاناً دون التسويه لم يكن على المستعير التسويه، لأن شرط القلع رضا بالحفر كما فى المبسوط والتحرير والتذكره).

لكن لا يخفى أن قوله: (فإن امتنع قلعه المعير مجاناً) فيه نظر، إذا كان الشرط على المستعير أن يقلع فلم يفعل، فالمعير له أن يأخذ الأجره للقلع، وكذلك حال التسويه.

ثم إن القواعد قال: (لولم يشترط القلع فأراده المستعير فله ذلك، وهل عليه التسويه إشكال ينشأ من أنه كالمأذون فى القلع بأصل الإعاره، ومن أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت).

وفى مفتاح الكرامه: (هـذا الأخير خيره التذكره لما ذكر، ولا ترجيح فى المبسوط والتحرير، وفى جامع المقاصد: إن المسأله محل تردد، فنحن فيها من المتوقفين).

أقول: كل من جواز القلع ولزومه وامتناعه، والثلاثه بالنسـبه إلى التسويه تابع للظاهر، كما أن خصوصـيات كل من السـته كذلك، مثـل أن تكون الإزاله بسـبب المنشار أو القلع أو الإحراق، إلى غير ذلك، ولولم يكن دليل على اللزوم أو الامتناع يكون الأصـل مع الجواز فى كل من القلع والإزاله.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول مفتـاح الكرامه: (إن الإـذن فى الغرس لا يقتضـى الإذن فى القلع، ولا دليل يـدل على ذلك، إذ لعله مما لا يقلعه أحد منهما ويبقى إلى

۱- الوسائل: ج۱۵ ص۳۰ الباب ۱۹ و ۲۰ من أبواب المهورح ۳ و۴

أن يفنى، فـالقلع جنايه لا إذن فيها، ويكفى الشك فى تناول اللفظ له، إذ الأصل الجنايه على مال الغير أن تكون مضـمونه إلاّ أن يعلم الإذن فيها، ويشـهد على عـدم العلم بالإذن لعدم الدليل الواضح تردد هؤلاء الأجلاء، مع اختيار التذكره أن عليه التسويه، ولا يعـارضه أصـل البراءه، لأـن شـرط التمسك به أن لا يكون فى مقام الإضـرار بمسـلم، لأن الضـروره قاضـيه بنفى الإضـرار الثابت بالعقل والشرع)، ولا يخفى ما فيه من مواقع للتأمل.

ثم الظـاهر أن الإذن بالزرع ونحوه ليس إسـقاطاً للأرش الـذى يوجبه الغرس أو التسويه أو القلع، لأن الظاهر العرفى أن من يسـلم المال يريد استرداده كاملاً إلاّ القدر الملازم للاستعمال من خلقان الثوب والكتاب ونحوهما.

ومنه يعلم أن قول جامع المقاصد: (إن مثل ما نحن فيه ما لونقصت الأرض بالقلع، فإن فى وجوب الأرش إشكالاً)، وإضافه مفتاح الكرامه حيث قال: (نحن نقول: إنما يجب عليه الأرش، نعم لو نقصت بالغرس فلا إرش، وبه صرح فى التذكره).

محل تأمل، فإن اللازم العرفى عدم إسقاط الأرش إلاّ إذا كان دليل خاص.

وجـامع هـذه المسائل أن المتبع الظهور، سواء من اللفظ أومن القرائن، فإن لم يكن ظهور كان المتبع الأصل مثل «على اليـد» و«لا يتوى» وأصل البراءه وما أشبه.

ثم إن الشـرائع قال: (ولا يجوز إعاره العين المستعاره إلا بإذن المالك وإجارتها لأن المنافع ليست مملوكه للمستعير، وإن كان له استيفاؤها).

وما ذكره هو مقتضـى القاعـده، لما علله فى الجواز بضـروره اقتضاء عقـد العاريه الإباحه لخصوص المسـتعير لا تمليكه إياها، فإن المنافع لم تصبح مملوكه للمستعير

حتى يتصرف فيها بعاريه وهبه وإجاره ونحوها.

نعم قد تقدم أنه يصح للمستعير إسكان زوجته وأهله وضيوفه وما أشبه فى الدار والبستان المستعارين، كما أن له أن يستوفى المنافع بنفسه أو وكيله على وجه يعود الانتفاع له، مع كون العين فى يده أو بيد وكيله بإذن المالك، وليس التسليم إلى الوكيل إعاره له، وإنما يصح التسليم إلى الوكيل فيما إذا شملت العاريه له وإلا لم يجز ذلك أيضاً.

ثم إن كان اللفظ شاملاً لإعاره المستعير فاللازم اتباع قدر اللفظ فى أن يكون الإعاره من المستعير عن المعير أو عن نفسه، فإن كان خاصاً بأحدهما فله ذلك، وإن كان عاماً فله أيهما أراد، وقد ذكرنا فى كتاب الوكاله مثل ذلك، فإنه إذا أعار عن نفسه تمكن من فسخها، أما إذا أعارها عن المعير فيكون الفسخ والإبقاء بيد المعير لا بيده.

ثم إن الجواهر قال: (إنما الكلام فيما يستفاد من إطلاق الإذن، ولعل العاريه من المستعير نفسه أظهر الفردين منه، ولعل منه عاريه الدار مثلاً على أن يدخل فيها من شاء من عياله وغيرهم، فإن الإعاره لهم منه لا من المعير، أو يقال: إن من انتفاعه انتفاعهم على نحو انتفاع دوابه).

العاريه لا توجب الملك

ومما تقدم ظهر أن احتمال أنه لا يصح من المستعير أن يعير عن نفسه، لأنه لا يملك وكل مالم يملك لم يصح له الإعاره، غير ظاهر الوجه، لأنه نوع حق فسعته وضيقه تابع للحق، والعرف يرون مثل هذه العاريه، فإطلاق الأدله شامل لها، ولذا قال فى الجواهر: (احتمال عدم مشروعيه هذا القسم باعتبار اشتراط كون المعير مالكاً يدفعه إطلاق الأدله، والمسلم منه مع عدم إذن المالك، فيكون بالشرط حينئذ مالكاً أو مأذوناً).

ثم إنه لو خالف المستعير وأعار عن نفسه فيما ليس له، أو عن المالك فيما ليس له، كان فضولياً يتوقف على إجازه المعير، ولعل مراد الجواهر بقوله: (لو خالف وأعار الغير فلا ريب فى فساد العاريه) ذلك، إذ لا وجه للفساد المطلق بعد تمشى الفضوليه فى العاريه أيضاً.

ولو خالف المستعير وأعار ولم يسلّم فلا شىء، إذ مجرد إجراء الصيغه لا يوجب شيئاً، ويجوز له التصرف كالسابق، فإن ذلك لا يعد خيانهً أو تفريطاً أو سحباً لرضى المعير، وليس من قبيل عقد الفضولى مع الأصيل، حيث يلزم الأصيل فى العقد اللازم حتى يرد طرف الفضول أو نحو الرد بطول الزمان.

ولو سلّم فللمعير أن يرجع على أى منهما شاء بالعين والمنفعه كما فى الجواهر، قال: (فلو خالف وأعار الغير فلا ريب فى فساد العاريه، ولكن الكلام فى رجوع المالك على من شاء منهما بالعين والمنفعه مع ضمان العين وعدمها ما سمعته فى العاريه من الغاصب، وما عن الفاضل من الفرق بينهما فى الجمله لا يخلو من إشكال).

لكن لا يخفى أنه لو تلفت العاريه فى يد المستعير أوجب الضمان لأنها يد عدوانيه، أما لو تلفت فى يد المستعير من المعير الأول لم يوجب ضماناً وحتى إذا كان التلف بعد أن أعاره وسلمه ثم استرجعه إليه لعدم الدليل على الضمان، فإن خيانته لا توجب تخصيص عمومات عدم الضمان.

ثم إنه لو رجع المعير فى العاريه ولم يخبر المستعير لم يكن على المستعير شىء، لقاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، سواء بالنسبه إلى العين إذا تلفت بدون تعدّ أو تفريط أو بالنسبه إلى المنفعه.

ولو اختلف المعير الأول والمستعير الأول بأنه هل تلفت العين فى يد المستعير

الأول أو المستعير الثانى، كان القول قول المستعير الأول، لأنه أمين، ومن الواضح أن خيانه الأمين فى مورد لا يوجب سقوط قوله، فإن كون الأمين مؤتمن عام.

ولو رجع المعير إلى المستعير الأول لم يرجع إلى المستعير الثانى إذا كان غاراً، كما أنه إذا رجع إلى المستعير الثانى رجع إلى الأول فى صوره الغرور.

إلى غير ذلك مما ذكرنا تفصيله فى كتاب الغصب من تعاقب الأيدى.

مسأله ۱۴ : العاریه أمانه

(مسأله ۱۴): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (العاریه أمانه، کما قال الصادق (علیه السلام) فی صحیح الحلبی: «صاحب العاریه والودیعه مؤتمن»((۱))، ونحوه غیره، وحینئذ فهی کغیرها من الأمانات لا ـ تضمن إلّا بالتفریط فی الحفظ أو التعدی أو باشتراط الضمان زیاده علی الودیعه، للإجماع بقسیمه والنصوص، ولا ینافی ذلک بناؤها علی التبرع حینئذ، کما لا ینافی کونه شرطاً فی عقد جائز، إذ هو کالاجتهاد فی مقابله النص)((۲)).

المستعیر أمین

وهو کما ذکراه، وقد تقدم الکلام فی ذلک، وقد نقل مفتاح الکرامه الإجماعات المتعدده علی کل من الفروع الثلاثه، أی کون العاریه أمانه، وأنه لا یضمنها المستعیر إلا بالتفریط أو التعدی، أو باشتراط الضمان.

ولا یخفی أن هذا عندنا، أما إذا کان عند المخالف أو الکافر مقتضی دینهم الضمان فیعامل معهم علی ذلک لمقتضی قاعده الإلزام((۳)).

ثم إنه لا فرق بین الشرط أن یکون الشرط صریحاً، أو شرطاً ضمنیاً من قبیل شرط الصحه فی البیع، فإذا کان إنسان یعطی الأشیاء عاریه علی الضمان کان ذلک من باب الشرط الضمنی وإن لم یصرح به، ولو أعطی المعیر العاریه بهذا القید الضمنی لکن لم یقصد المستعیر الضمان لم تتحقق العاریه، لأن الإیجاب والقبول لم یقعا علی شیء، فإن العقود تتبع القصود، والقصدان مختلفان فکانت فاسده، لکن یشملها «ما یضمن». وأما إذا کان علی نحو الشرط الضمنی وقع العقد، لکن فیه ضمان أیضاً.

ولو أعطاه عاریه بشرط الضمان بالأکثر أو الأقل أو المثل فی القیمی أو القیمه

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۲۷ الباب ۴ من أبواب العاریه ح۱

۲- جواهر الکلام: ج۲۷ ص۱۸۳ _ ۱۸۴

۳- الوسائل: ج۱۷ ص۴۸۵ الباب ۴ من أبواب میراث الأخوه والأخوات ح۲ و ۵

فی المثلی أو ما أشبه ذلک صح، لمقتضی دلیل الشرط، أما إذا کان بشرط الضمان بدون ذکر تلک الخصوصیات کان الضمان بالمثل أو القیمه حسب الموازین الأولیه.

ولو أجاز المعیر إعاره المستعیر فأعارها مطلقاً فلا ضمان علی المستعیر، ولو شرط الضمان علیه فإن کان شرط المعیر الأول ذلک صح، وإلا لم یصح شرط المعیر الثانی، لأنه تصرف فی ملک الغیر بدون إذنه، ولو انعکس بأن شرط المعیر الأول الضمان دون المعیر، فإن کان المستعیر الثانی مغروراً فلا ضمان علیه، وإلا کان علیه الضمان حسب القواعد الأولیه.

ثم إنه لا فرق فی عدم ضمان المستعیر بین أن یکون مسلماً أو کافراً، والمسلم عدلاً أو غیر عدل، لإطلاق الأدله والفتاوی.

ومنه یعلم أن ما رواه الکلینی بعد حدیث الحلبی، حیث قال: وفی حدیث آخر: «إذا کان مسلماً عدلاً فلیس علیه ضمان»((1))، یجب حمله علی بعض المحامل، ولذا قال فی الوسائل: (لعل المراد به أن العدل لا یفرط فی العاریه فلا یضمن).

کما أنه یجب أن یؤل ببعض التأویلات ما رواه ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن العاریه، فقال: «لا غرم علی مستعیر عاریه إذا هلکت إذا کان مأموناً»((2)).

ومثله ما رواه محمد بن مسلم، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: سألته عن العاریه یستعیرها الإنسان فتهلک أو تسرق، فقال: «إن کان أمیناً فلا غرم علیه»((3)).

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۶ الباب ۱ من أبواب العاریه ح۴

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۶ الباب ۱ من أبواب العاریه ح۳

۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۷ الباب ۱ من أبواب العاریه ح۷

وعن أبان مثله، وزاد: «قال: وسألته عن الـذی یسـتبضع المال فیهلک أو یسـرق أعلی صاحبه ضـمان، فقال: لیس علیه غرم بعد أن یکون الرجل أمیناً»((۱)).

وعن مسـعده بن زیاد، عن جعفر بن محمد (علیهما السلام) قال: سمعته یقول: «لا غرم علی مستعیر عاریه إذا هلکت أو سرقت أو ضاعت إذا کان المستعیر مأموناً»((۲)).

الضمان فی الذهب والفضه

ثم قال الشرائع: (وتضمن إذا کانت ذهباً أو فضه وإن لم یشترط، إلّا أن یشترط سقوط الضمان).

وقال فی القواعد: (أو کانت ذهباً أو فضه وإن لم یشترط، إلّا أن یشترط سقوطه، وفی دخول المصوغ نظر).

أقول: فی المسأله أربعه أمور:

الأول: إن فی عاریه الدرهم والدینار الضمان.

الثانی: إنه لا ضـمان فی عاریتهما إذا شرطا عدم الضمان. وکلا الحکمین لا إشکال ولا خلاف فیهما، بل علیهما الإجماع القطعی لأدله ضمانهما ولأدله الشرط.

الثالث: إن فی عاریه الذهب والفضه غیر الدرهم والدینار کالحلی والشمش الضمان.

الرابع: إنه إن اشترط عـدم الضـمان فی عاریه الـذهب والفضه غیر الـدرهم والـدینار لا یکون ضـمان، ولا إشـکال فی هذا أیضـاً حسب أدله الشرط.

وإنما الإشکال والخلاف فی الثالث، فقد ذهب المشهور إلی الضمان، وغیر المشهور إلی عدم الضمان، وتردد جمع، والأصل فی الحکم هی الصحاح الوارده فی الدرهم والدینار والذهب والفضه.

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۷ الباب ۱ من أبواب العاریه ح۸

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۷ الباب ۱ من أبواب العاریه ح۱۰

كصحيح ابن سنان قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا تضمن العاريه إلّا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلّا الدنانير فإنها مضمونه وإن لم يشترط فيها ضماناً»((١)).

وعن ابن مسكان، عن أبی عبد الله (علیه الصلاه والسلام) مثله((٢)).

وصحيح زراره، قال: قلت لأبی عبد الله (عليه السلام): العاريه مضمونه، فقال: «جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمک تواه، إلّا الذهب والفضه فإنهما يلزمان إلّاـ أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمک تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمک، والذهب والفضه لازم لک وإن لم يشترط عليک»((٣)).

وصحيح عبد الملک بن عمر، عن أبی عبد الله (عليه السلام) قال: «ليس على صاحب العاريه الضمان إلّا أن يشترط صاحبها، إلّا الدراهم فإنها مضمونه اشترط صاحبها أو لم يشترط»((۴)).

وصحيح إسحاق بن عمار، عن أبی عبد الله أو أبی ابراهيم (عليهما السلام)، قال (عليه السلام): «العاريه ليس على مستعيرها ضمان إلّا ما كان من ذهب أو فضه، فإنهما مضمونان، اشترطا أو لم يشترطا»((۵)).

وفی المقنع الذی هو متون الروايات: «وليس على مستعير عاريه ضمان إلّا أن يشترط، إلّا الذهب والفضه فإنهما مضمونان شرط أو لم يشترط»((۶)).

وكيف كان، فالمشهور ذهبوا إلى الضمان فی مطلق الذهب والفضه، درهماً

١- الوسائل: ج١٣ ص٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العاريه ح١
٢- الوسائل: ج١٣ ص٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العاريه ذيل الحديث١
٣- الوسائل: ج١٣ ص٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العاريه ح٢
۴- الوسائل: ج١٣ ص ٢۴٠ الباب ٣ من أبواب العاريه ح٣
۵- الوسائل: ج١٣ ص ٢۴٠ الباب ٣ من أبواب العاريه ح۴
۶- المستدرک: ج٢ ص۵٠٧ الباب ٣ من العاريه ح١

كان أم ديناراً، مصوغاً أم غيرها، وقد نقل هذا القول مفتاح الكرامه عن ظاهر المقنع والنهايه والمبسوط وفقه الراوندى والشرائع والنافع والتحرير والإرشاد والمختلف وقواعد الشهيد، وصريح اللمعه والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان.

بل هو الظاهر من المقنعه والمراسم والكافى والغنيه والسرائر والوسيله والتبصره والفقيه والتهذيب والاستبصار، قال: فكانت كلمه المتقدمين متفقه على ذلك، بل ومعظم المتأخرين، إذ لم يعرف الخلاف من أحد قبل الفخر فى الإيضاح بلفظ الأقوى، وتبعه صاحب إيضاح النافع والكفايه والرياض.

وقد تقدم عباره القواعد مما يدل على التوقف، ومثله المحكى عن التذكره والتنقيح والمفاتيح من عدم الترجيح.

والأقوى هو المشهور، كما قواه الجواهر أيضاً قائلاً: (الروايات بمنزله أن يقول: لا ـ تكرم زيداً منهم، ويقول: لا ـ تكرم عمرواً، ويقول: أكرم العلماء، ثم يقول: لا ـ تكرم الجهال، وفى الواقع كان زيد وعمرو من أفراد الجهال فإنه لا يشك من له أدنى فهم بالخطابات العرفيه إراده إخراج الجهال من الحكم الأول، ولكن نص على زيد وعمرو للتأكيد ونحوه).

فإن ذلك هو مقتضى الجمع العرفى، حيث قال المولى مره: لا ضمان فى العاريه، وقال مره: فى الذهب والفضه الضمان، وقال مره: فى الدينار والدراهم الضمان، فإن الخاصين وإن كان بينهما عموم مطلق إلّا أن العرف لا يرى التنافى بينهما حتى يجمع بينهما بتخصيص عامهما بخاصهما، فيكون الأخص مطلقاً هو الخارج من عدم الضمان فى العاريه، ويكون نصيب العام المطلق منهما عدم الضمان، ولذا رد مثل هذا الجمع فى جامع المقاصد بقوله: (إن هذا لا محصل له ولا ينطبق على القوانين فإن استثناء الذهب والفضه تاره، واستثناء الدراهم

والدنانير تاره أخرى لا يقتضى أكثر من أن أحد المخصصين أعم من الآخر مطلقاً، فيخص العام بكل منهما لا أن أحدهما يخصص الآخر، قال: وما توهمه بعضهم من أن أحدهما مطلق والآخر مقيد فيحمل المطلق على المقيد ليس بشيء أيضاً، لأنه إذا أخرج من العموم الدراهم والدنانير فى لفظ، وأخرج الذهب والفضه فى لفظ آخر لم يكن بينهما منافاه، لأن إخراج الكلى إخراج لبعض أفراده، كما أن إخراج البعض لا ينافى إخراج الكلى).

وقد تبعه صاحب المسالك حيث قال: (فإن قيل: لما كان الدراهم والدنانير أخص من الذهب والفضه وجب تخصيصها بهما عملاً بالقاعده، فلا يبقى المعارضه إلّا بين العام الأول والخاص الأخير، قلنا: لا شك أن كلا منهما مخصص لذلك العام، لأن كلاً منهما مستثنى، وليس هنا إلّا أن أحد المخصصين أعم من الآخر مطلقاً، وذلك غير مانع فيخص العام الأول بكل منهما أو يقيد مطلقه، لا أن أحدهما يخصص بالآخر لعدم المنافاه بين إخراج الذهب والفضه فى لفظ، والدراهم والدنانير فى لفظ حتى يوجب الجمع بينهما بالتخصيص أو التقييد).

وبذلك ظهر وجه النظر فى كلام من قال بتخصيص أخص الخاصين لأعمهما، حيث ذكر صاحب الكفايه((1))، وتبعه الرياض((2)): (أنه وقع التعارض بين الأخبار، ولابد من حمل العام على الخاص، أو المطلق على المقيد إذا كان بينهما تناف، كما إذا كان أحدهما مثبتاً والآخر منفياً، والمستثنى فى خبر زراره لا ينافى المستثنى فى خبر عبد الملك وابن سنان لتوافقهما فى كونهما إثباتاً. وكذا المستثنى منه من الجانبين لتوافقهما على كونهما منفيين، بل وقع التعارض بين المستثنى منه فى خبرى الدراهم والدنانير ــ وحاصله لا ضمان فى غير الدراهم والدنانير ــ وبين المستثنى فى خبرى الذهب والفضه، والنسبه بين

١- كفايه الأحكام: ج١ ص٧٠٩

٢- رياض المسائل: ج٩ ص١٨٠ــ ١٨١

الموضعين عموم من وجه يمكن تخصيص كل منهما بالآخر، فإن خصص الأول بالثانى كان الحاصل لا ضمان فى غير الدراهم والدنانير إلّا أن يكون ذهباً أو فضه، وإن خصص الثانى بالأول كان الحاصل كل من الذهب والفضه مضمونان إلّا أن يكون غير الدراهم والدنانير، فالأمر المشترك بين الحكمين ثابت، وهو حصول الضمان فى الدراهم والدنانير فلابد من استثناء هذا الحكم من عموم الأخبار الداله على عدم الضمان، وتبقى الأخبار فى غير ذلك سالمه عن المعارض، فإذاً المتجه الحكم بعدم الضمان فى غير الدراهم والدنانير)([(١)](#)).

ومنه يعلم أنه لا ـ وجه للقول بأن بين لا ضمان فى العاريه والضمان فى الذهب والفضه عموم من وجه بقلب النسبه، حيث إن لا ضمان فى العاريه يشمل المتاع، ولا يشمله الضمان فى الذهب والفضه، والضمان فى الذهب والفضه يشمل الدينار والدرهم، ولا يشمله لا ضمان فى العاريه، لأن الدينار والدرهم خرج عن لا ضمان فى العاريه فيبقى الذهب والفضه غير المسكوكين يتنازع فيهما العامان فيتساقطان، ويكون المرجع أصل البراءه عن الضمان.

وإنما لا وجه لذلك لأن الملاحظه فى نسبه العموم والخصوص وما أشبه إنما هى ابتدائيه لا بعد إخراج شيء عن أحدهما، كما قرر فى الأصول، فليس الأمر من العموم من وجه، بل الأخص أخص مطلقاً من العام الأعم.

وبذلك يظهر أنه لا تصل النوبه إلى ما ذكره غير واحد فى رد الرياض، من أنه على تقدير تسليم العموم من وجه خبر الذهب والفضه أرجح، لأن من رواتهما زراره وهو أصدع بالحق، ولأن خبر الذهب والفضه أصح سنداً من بعض تلك الروايات ولشهره العمل بهما، بل إطباق الأصحاب حتى أن الغنيه ادعى الإجماع على ذلك، وأن الذهب والفضه لو لم يضمنا لتوصل كثير من الناس إلى

١- مفتاح الكرامه: ج١٧ ص٤٣٨

أكـل أموال النـاس بالعـاريه، أو إلى ترك النـاس المسـتحب المنـدوب إليه بـأن زكـاته إعـارته فكـان تخصـيصه مخالفاً للاعتبار وحكمه الشارع، إلى غير ذلك من الوجوه التى هى إلى الاستحسان أقرب.

ولـذا قال فى الجواهر: لا يحتاج إلى رد هـذا القول بالترجيح بالشـهره العظيمه بين الأصـحاب، ولا بأن أهل العرف لا يفهمون من ذلك إلّا تخصـيص الأول بالثانى، ولا بعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، ولا باسـتلزام العكس إخراج لفظ الذهب والفضـه عن الحقيقه، بخلاف الأول الذى فيه تكثير أفراد إخراج المخصص بعد العلم بالتخصيص فى الجمله.

وعلى أى حال، فاذا كان مطلق الـذهب والفضه موجباً للضـمان، فالمختلط منهما أيضاً موجب للضـمان، إذ لا يشترط توحيـد كل منهمـا فى الضـمان، أمّا المختلط منهما ومن غيرهما فالظاهر أن الضـمان خاص بهما، لأن الاختلاط لا يوجب أن يكون حكمهما حكم غيرهما أو حكم غيرهما حكمهما.

ثم لو قلنا: بأنه لا ضمان فى غير الدينار والدرهم، فهل الدينار والدرهم يراد بهما عينهما فقط أو الذهب والفضه المسكوكان، ولو كان كالأشرفى الأيرانى الذى هو من الذهب الخاص وليس بدينار، أو كالليره العثمانيه أو ما أشبه ذلك، احتمالان، مقتضى ظاهر النص الاختصاص، لكن مقتضى المناط العموم.

أما الأوراق الماليه كالدنانير وما أشبه المضروبه على الورق، فلا ينبغى الإشكال فى عدم الضمان فيها، لأنها ليست دنانير ودراهم ذهبيه وفضـيه، وكونهـا حواله عليهمـا يرد عليه بالإضافه إلى أن الحواله ليست دائمه على الـذهب والفضه، وإنما على النفط أو ما أشبه أحياناً، أنه لا دليل على أن الحواله فى حكم المحول عنه.

ثم إن مفتاح الكرامه قال: (من الممكن الـذى لا ينكره العرف أن يراد بالـدنانير والـدراهم فى الخبرين الذهب والفضه، فلا منافاه أصلاً، ولعل إليه نظر القدماء)،

وفيه ما لا يخفى، فإن الإمكان جار حتى فى مثل الأمتعه كما يقال: أعط الفقير درهماً، وإنما يراد الماليه الشامله لمثل الخبز أيضاً، أما الظهور فإنه مما ينكره العرف.

لو شرط سقوط الضمان

ثم لا ينبغى الإشكال فى أن شرط سقوط الضمان فى عاريه الذهب والفضه نافذ لإطلاق «المؤمنون عند شروطهم» وغيره من المطلقات، وخصوص بعض الروايات المتقدمه.

وفى الجواهر: (قد يشك فى اعتبار الشرط المزبور فى الضمان بالتعدى والتفريط فى ابتداء عقد العاريه، باعتبار أنه إسقاط للواجب قبل وجوبه، ومنافاته لإطلاق ما دل على تسبيبها ذلك، مع أنه لا يخلو من قوه لأنه فى قوه الإذن فى الإتلاف، وللشك فى السببيه معه والأصل براءه الذمه).

وما ذكره جيد، لما حقق فى باب الشرط من أنه أعم.

وأما العلل الثلاثه بقوله: (لأنه فى قوه) إلخ، فهى تصلح مؤيدات لا أدله كما لا يخفى.

ثم إن العلامه ذكر فى القواعد فى عداد العاريات الموجبه للضمان قوله: (أو استعار من المستعير أو صيداً من الحرم أو كان محرماً)، وفى مفتاح الكرامه عند قوله: أو استعار من المستعير: (أى يضمن، سواء تعدى فيها وفرط أم لا، وسواء شرط المعير الضمان أم لا، وسواء كانت يد المعير يد أمانه أو يد ضمان، لأنه استولى بغير إذن المالك لأنها عاريه من غير المالك، فكانت غصباً فى الحقيقه لا عاريه، ولما كانت بصوره العاريه أجروا عليها اللفظ، فلا استثناء عند التحقيق)((١)).

وفى صحيح إسحاق بن عمار المتقدم: «إذا استعرت عاريه بغير إذن صاحبه فهلكت فالمستعير ضامن»((٢)).

وقال عند قوله: (أو صيداً من الحرم): (يريد أنه إذا استعار

١- مفتاح الكرامه: ج١٧ ص٤٣٩ _ ٤٤٠

٢- الوسائل: ج١٣ ص٢٤٠ الباب ٤ من أبواب العاريه ح١

صیداً أخذ من الحرم ضمنه، لأنه ممنوع منه وإن کان محلّاً فکان متعدیاً باستیلائه علیه) ((۱)).

وعند قوله: (أو کان محرماً): (أی إذا کان المستعیر محرماً والعاریه صید فإنه یضمن، لأن إمساکه حرام فیکون متعدیاً وضامناً) ((۲)).

وقد أخذ منه الجواهر فی الإشکال علی کونها عواری مضمونه بقوله: (إنه لا ـ وجه لذکر القسمین الأولین فی العاریه من المضمونه، ضروره معلومیه إراده القسم الصحیح منها، کما أنه لا وجه لعدّ العاریه من المحرم للمحل من قسم العاریه التی لا تضمن حتی إذا اشترط فیها الضمان، إذ قد عرفت أنها لیست عاریه، وأن المستعیر یملکه لعدم ملک المحرم له).

وقد ألمعنا إلی بعض الکلام فی ذلک فی السابق، وقد ذکرنا فی کتاب الرهن عاریه الرهن، ولذا لا حاجه إلی تکراره هنا.

ثم إنه حکی عن ابن الجنید ضمان عاریه الدابه، ولکن الظاهر أنه لا ـ دلیل علیه، فمقتضی القاعده عدم الضمان کسائر المستعارات.

ولو أعاره بشرط الضمان فلم یقبل الشرط المستعیر فی قلبه، فمقتضی القاعده الضمان، لظهور أن العاریه لم تقع فلا رفع شرعی للضمان، وذلک یسبب شمول «علی الید» له بدون محذور، بالإضافه إلی قاعده «ما یضمن بصحیحه» کما ألمعنا إلیه فیما تقدم.

ومنه یعلم أنه لو قال الآخذ: عاریه مضمونه، فأعطاه المعیر بهذا الشرط ضمن.

وفی روایه الصدوق: إن النبی (صلی الله علیه وآله) استعار من صفوان بن أمیه سبعین درعاً حطمیه وذلک قبل إسلامه، فقال، أغصب أم عاریه یا أبا القاسم، فقال (صلی الله علیه وآله): «بل عاریه مؤداه»((۳)). فجرت السنه فی العاریه إذا شرط فیها أن تکون مؤداه.

۱- مفتاح الکرامه: ج۱۷ ص ۴۴۱

۲- مفتاح الکرامه: ج۱۷ ص ۴۴۱

۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۶ الباب ۱ من أبواب العاریه ح۴

وفی روایه الخصال، قال أبو عبد الله (علیه السلام): «جرت فی صفوان بن أمیه الجمحی ثلاث من السنن، استعار منه رسول الله (صلی الله علیه وآله) سبعین درعاً حطمیه، فقال: أغصب یا محمد، فقال (صلی الله علیه وآله): بل عاریه مؤداه، فقال: أقبل هجرتی، فقال (صلی الله علیه وآله): لا هجره بعد الفتح، وکان راقداً فی مسجد رسول الله (صلی الله علیه وآله) وتحت رأسه رداؤه فخرج یبول، فجاء وقد سرق رداؤه، فقال: من ذهب بردائی، وخرج فی طلبه فوجده فی ید رجل، فرفعه إلی النبی (صلی الله علیه وآله) فقال: اقطعوا یده، فقال: أتقطع یده من أجل ردائی یا رسول الله، فأنا أهبه له، فقال: ألا کان هذا قبل أن تأتینی به فقطعت یده»((۱)).

ثم إنه حیث ینفذ الشرط فی العاریه یصح أن یکون الشرط خاصاً بشیء دون شیء، وبزمان دون زمان، وبمکان دون مکان، کما إذا أعاره مائه من الإبل وضمنه فی عشره منها مثلاً معیناً، أو علی سبیل البدل، أو ضمنه إذا تلفت فی یوم الجمعه لا فی سائر الأیام، أو فی مدینه کذا لا فی مدینه کذا، إلی غیر ذلک من الخصوصیات، لأن الشرط حسب ما شُرط.

ثم إنه یصح إسقاط الشرط من المعیر بعد أن شرطه، أما من المستعیر فإنه لازم علیه.

قال فی القواعد بعد ذکر موارد الضمان فی العاریه: (فیضمن ما یجب ضمانه بالمثل إن کان مثلیاً، وإلاّ فالقیمه یوم التلف، ویحتمل أعلی القیم من حین الضمان إلی حین التلف، ویجب رد العین مع الطلب والمکنه، فإن أهمل ضمن).

أقول: حیث تقدم الکلام فی هذه الأمور فلا داعی إلی تکرارها، کما أن قوله: (ویجب رد العین مع الطلب) هو مقتضی القاعده.

۱- الخصال: ص۱۹۳ ح۳۶۸

مسأله ۱۵ : لو رد المستعير العاريه

(مسأله ۱۵): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لاخلاف ولا إشكال فی أن المستعير إذا رد العاريه إلی المالک أو من يقوم مقامه من وكيله أو وليه العام أو الخاص برئ علی حسب غيرها من الأمانات ونحوها، كما أنه لا إشكال ولا خلاف عندنا فی أنه لو ردها إلی الحرز الذی كانت فيه بلا يد للمالک ولا إذن منه لم يبرأ، بل هو ضامن لها مع التفريط بها).

وكلا الحكمين موافق للقاعده، لدليل «علی اليد ما أخذت حتی تؤدی»([۱])، فإنه يقتضی سقوط الضمان بالأداء، كما أنه يقتضی أن ليس الأداء بالإيداع فی الحرز إذا لم يكن الحرز تحت يد المالک بما يعد أداءً للمالک أو إذن من المالک.

ومنه يعلم أنه من قسم وكيل المالک فيما إذا أذن له بأن يؤديه إلی إنسان، كما إذا قال له: أعط العاريه إلی الفقير الفلانی، أو إلی فقير ما، أو ما أشبه ذلک، فإنه وإن لم يكن ولياً أو وكيلاً لكنه داخل فی قسم من الوكلاء فی أمثال هذه العبارات، وحيث ذكر فی باب التسليم من كتاب البيع بعض خصوصيات التسليم، فلا حاجه إلی ذكرها هنا، لأن المقامين من باب واحد.

ثم قال الشرائع ممزوجاً معه أيضاً: (ولو استعار الدابه إلی مسافه معينه مثلاً فجاوزها، ضمنها عيناً ومنفعهً للتعدی، ولو أعادها إلی المسافه الأولی المأذون فيها لم يبرأ من ضمان العين الذی قد حصل بالتعدی للأصل وغيره، أما المنفعه فلا ضمان فيها لعدم انفساخ العاريه بذلک، إذ الفرض عدم تصريح أو ظهور فی عقد العاريه يقتضی تقييده بعدم التعدی أو التفريط، فالمنفعه التی اقتضی عقد العاريه إباحتها غير مضمونه).

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۴ الباب ۱ من أبواب الوديعه ح۱۲

لكن يمكن أن يقال: إن مده التعدى يكون ضامناً لا بعدها، كما إذا أودعه دابه فلم يضعها فى الحرز مما عدّ تعدياً أو تفريطاً وبعد ذلك أدخلها فى الحرز، فإن الضمان حينئذ لا وجه له، والأصل مقطوع بانتفاء موضوعه، وهذا الذى ذكرناه هو مقتضى القاعده وإن كان المشهور خلاف ذلك.

فعن الغنيه والسرائر والمبسوط أنه إذا استعار من غيره دابه ليحمل عليها وزناً معيناً فحمل أكثر، أو ليركبها إلى موضع معين فتعداه، كان متعدياً ولزمه الضمان ولو ردها إلى المكان المعين بلا خلاف ظاهر.

وفى القواعد: (ولو تجاوز المأذون ضمن، والظاهر أنه يشمل ما إذا استعار دابةً ليركبها إلى موضع معين فتجاوزه، وما إذا حملها أكثر من المقدار المأذون فيه، أو سيرها أكثر من المعتاد أو أشد ونحو ذلك)، كما فى مفتاح الكرامه، لكن قد عرفت أن الدليل الأصل ونحوه، وهو لا يصلح دليلاً.

ومنه يعلم أن جواب الجواهر عن المحدث البحرانى حيث أشكل على المحدث المذكور الفرق بين الحكم بضمان العين بالمسافه المأذون فيها دون المنفعه، وذلك لأن العاريه أن انفسخت بالتعدى المزبور اتجه ضمان العين والمنفعه مطلقاً وإلا لم يتجه ضمان العين بعد العود إلى المأذون فيه، انتهى، بقوله:

(وفيه ما لا يخفى من حصول سبب الضمان وهو التعدى المزبور الذى ليس فى الأدله ما يقتضى انفساخ العاريه به وبالتفريط، فهو حينئذ على مقتضى تسبيبه الضمان حتى فى المأذون فيه، إذ لا تنافى بين العاريه والضمان بسببه أما المنفعه فهى على إذن العاريه).

غير ظاهر، لأن العاريه ما دامت باقيه فمقتضى القاعده عدم الضمان بالنسبه

إلى العين والحق فی الاستنفاع بالمنفعه، فالتفكيک يحتاج إلى الدليل المفقود، وعليه فإذا استعار الدابه من النجف إلى كربلاء ذهاباً وعوداً، فتعداها إلى الكاظميه ثم رجع إلى كربلاء، فالظاهر أن الرجوع بها إلى النجف داخل فی المأذون، إلّا إذ كان الإذن مقيداً بعدم التعدی.

ومنه يعلم وجه النظر فی إطلاق مفتاح الكرامه، حيث قال: (فإذا استعار من بغداد إلى الحله فتجاوزها إلى الكوفه فعليه أجره ما بين الحله والكوفه ذهاباً وعوداً، وهل تلزمه الأجره من الحله إلى بغداد، فی التذكره أن الأقرب العدم لأنه مأذون فيه من جهه المالک، وقد يقال: إن هذا الإذن انقطع بالمجاوزه فليس له الركوب من الحله إلى بغداد، بل يجب عليه دفعها إلى حاكم الحله).

ولا يخفى أن مثل حال الزياده فی المسافه حال الزياده فی الحمل ثم الرجوع إلى الحمل المقدر، وحال الشده فی السير ثم الرجوع إلى السير المتوسط، إلى غير ذلک من الأمثله.

ومنه يعرف حال ما إذا استعار الدار ليسكن فيها كل شهر رمضان مثلًا لا أكثر، ثم سكن فيها شهر رمضان وشوال بالنسبه إلى شهر رمضان، أو ليسكن فيها هو وعائلته، ثم أسكن فيها بالإضافه إلى عائلته عائله غيره أيضاً، ثم خفف بأن أسكن فيها عائلته فقط، إلى غير ذلک من الأمثله.

مسأله ۱۶ : لو اتفق المعير والمستعير على بيع الملك

(مسأله ۱۶): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لا ـ خلاف ولا إشکال فی أنه یجوز للمستعیر بیع غروسه وأبنیته فی الأرض المستعاره للمعیر، وبالعکس، وللأجنبی، بل یجوز بیع المستعیر لغیره أی المعیر مع الإذن وبدونها، بل مع النهی علی الأشبه بأصول المذهب وقواعده التی لا ینافیها احتمال قلع المعیر له وهدمه إیاه، فإنه لا یخرجه عن المالیه المسوغه لبیعه).

وفی القواعد قال: (لکل من المستعیر والمعیر بیع ملکه من صاحبه ومن أجنبی).

وفی مفتاح الکرامه: (أما بیع المستعیر للمعیر فمما لا خلاف فیه فیما أجد، قال فی المسالک: الخلاف فی بیعه لغیر المعیر، قلت: وکذا لا خلاف فی بیع المعیر للمستعیر وللأجنبی، وإنما الخلاف فی بیع المستعیر للأجنبی، ففی المبسوط أن الأقوی أنه لا یجوز لأنه لا یمکن تسلیمه، وقد تقدم أنه قوّی فی المبسوط: أنه لیس له الدخول فلا یمکن التسلیم، وفی التحریر أنه یبتنی علی جواز الدخول، فإن سوغنا جاز البیع وإلا فلا).

ثم إن المانع استند تاره إلی عدم جواز الدخول، وأخری إلی أنه فی معرض الهدم، لأن ملکه غیر مستقر، وفی کلا الأمرین نظر، لأن الاشتراء لا یلازم الدخول، وکونه فی معرض الهدم لا یضر البیع، ولذا ردوه بأن الحیوان المشرف علی التلف یجوز بیعه، وکذا العبد المستحق للقتل قصاصاً.

قال فی الجواهر: (إن التسلیم فی مثله التخلیه، والانتفاع ممکن باستیذان المعیر أو الاستیجار منه ونحو ذلک، وحرمه الدخول علی المشتری والانتفاع به باعتبار اقتضاء عقد العاریه الإذن للأول لا ینافی جواز الشراء، وإن وجب علیه

حینئذ الاستیذان فی البقاء من حینه، فإن لم یحصل کانت الأصول والآلات فی مقابله ثمنه).

ثم إنه لا فرق بین البیع مع علم المشتری ومع جهله، منتهی الأمر أنه مع جهله مسلط علی الفسخ، لظهور البیع فی استحقاق البقاء واستحقاق الدخول فیتسلط علی الخیار لقاعده «لا ضرر»((1)) ونحوها.

ویظهر من جواز البیع جواز الصلح والإجاره وغیرهما من سائر أنواع المعامله.

کما یعلم منه أنه لو استعار الدار وملأها بأثاثه صح لکل من صاحب الدار والأثاث أن یبیع ماله من صاحبه ومن غیره، وکذلک إذا ابتلعت دابه جوهر إنسان آخر.

ثم المحکی عن التحریر والتذکره وجامع المقاصد والمسالک والروضه أنهما لو اتفقا علی بیع ملکهما معاً بثمن واحد صح، ووزع الثمن علیهما، وذلک بأن یقسط الثمن علی أرض مشغوله به علی وجه الإعاره مستحق القلع بالأرش أو الإبقاء بالأجره أو التملک بالقیمه مع التراضی، وعلی ما فیها مستحق القلع علی أحد الوجوه، فلکل حصه ما یملکه.

وتبعهم فی ذلک صاحب الجواهر حیث قال: (ولو باع المستعیر والمعیر الأرض وما فیها بثمن واحد صح، ویوزع الثمن علی قیمه مال کل منهما، فیقوم الغرس والبناء فی أرض مستعاره، والأرض مشغوله عاریه بذلک، نعم یلحظ النسبه بینهما ویوزع الثمن علیهما کما هو واضح).

ومن ذلک یعلم أنه لو باعهما أحدهما فضوله عن صاحبه وأجاز الآخر صح، وکما یوزع الثمن علیهما علی النحو المذکور یوزع الأجره علیهما کذلک فیما

۱- الکافی: ج۵ ص۲۹۲ ح۸، الوسائل: ج۱۷ ص۳۴۲ الباب ۱۲ من أبواب إحیاء الموات ح۵

إذا آجراه.

والظاهر أنه لا حق للمستأجر فى الفسخ إذا علم بأنه ملك لاثنين فيما إذا استأجره من وكيلهما، إذ ليس ذلك بنقص، اللهم إلّا إذا كان ذلك يعد نقصاً لقوانين من الظلمه تقتضى ذلك، حيث له الفسخ حينئذ.

كما أنه إذا اشتراهما من وكيلهما بـدون أن يعلم أنهما لاثنين لا يحق له فى الفسـخ بالخيار، إلّا فى الصوره المسـتثناه فى الإجاره، وكـذا الحال فى اشتراء أو استيجار الأرض المشتركه، إذ كثيراً ما الحكومات تجعل ضـريبتين متزايدتين على قطعتين من الأرض، بينما تجعل ضريبه أخف من الضريبتين على قطعه واحده من الأرض.

وعلى أى حال، فإذا لم يكن فى الاشتراک عيب آخر فلا حق للمشترى والمستأجر ونحوهما فى خيار الفسخ لأصاله لزومهما.

ص:٣٠٠

مسأله ١٧ : لو أطارت الريح الحب إلى بستان الغير

(مسأله ١٧): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا حملت الأهويه أو السيول حباً مثلًا إلى ملك إنسان فنبت، كان لصاحب الأرض إزالته بعد فرض امتناع المالك عنها من غير مراجعه للحاكم ولا يضمن له الأرش، بل ربما استحق عليه الأجره على ما تسمع، كما في مسأله أغصان الشجره البارزه إلى ملكه، وظاهر المصنف اتحاد الحكم في المسألتين).

وفي القواعد: (ولو حمل السيل نواه فنبتت في أرض غيره أجبر المالك على القلع، والأقرب أن عليه تسويه الأرض لأنه قلعه لتخليص ملكه، ولصاحب الأرض الإزاله مجاناً).

وفي مفتاح الكرامه: (إن هذا الحكم هو الذي أفتى به المبسوط والسرائر والتذكره والتحرير وجامع المقاصد، وفي التذكره: لو حمل السيل حب الغير أو نواه أو جوزه أو لوزه إلى أرض آخر كان على صاحب الأرض رده على مالكه إن عرفه، وإلا كان لقطه، فإن نبت في أرضه وصار زرعاً أو شجراً فإنه يكون لصاحب الحب والنوى والجواز واللوز، لأنه نماء أصله، كما أن الفرخ لصاحب البيض، لا نعلم فيه خلافاً).

أقول: مقتضى القاعده أنه لا فرق بين أن يحمل الهواء ونحوها الحبه ونحوها إلى أرض الغير، أو أن جذور أرض الغير جاءت إلى أرض إنسان آخر حتى نبتت فيها، كما هو كثير في الأراضي المجاوره، لوحده الحكم في البابين.

ثم إن كان صاحب الحب ونحوه أعرض عن حبه، ولا ضرر ولا أذيه لملك الغير منه، فإنه يصبح من المباحات الأصليه، ولا فرق أن يكون الإعراض حينئذ قبل إلقاء الهواء له في أرض الغير أو بعده.

نعم لا يبعد أن يكون لمالك الأرض إلزام مالك الحب بالإزاله إذا عدّ تصرفاً

ص:٣٠١

فی ملکه وکان الإعراض بعد الإلقاء، إذ التصرف حرام وإن لم یکن ضرر ولا أذیه بالنسبه إلی المتصرف فی ملکه، أما إذا کان الإعراض قبل الإلقاء، فالهواء إنما حملت ما لیس بملک أحد إلی ملک غیره، فلا یصح لمالک الأرض أن یلزم مالک الحب سابقاً بإزالته، إذ الملک السابق لا یؤثر فی تکلیفه بالإزاله ولو کان أذیه له، ولو کان الإعراض بعد الإلقاء إذا کان أذیه أو ضرراً وجبت الإزاله.

ولو أرادت دابه دخول دار الغیر مما یعد أذیه له أو ضرراً، فقال صاحبها: أعرضت عنها، لئلا یبتلی بتوابع الدخول، فهل یکفی الإعراض فی ذلک أم لا، احتمالان من أنها لم تکن ملکه حین الدخول، ومن أنه یعد عرفاً ضاراً.

ومنه یعلم حال ما إذا حملت الهواء فأعرض قبل الإلقاء، وحال ما إذا عقر الکلب وأعرض عنه قبل العقر، إلی غیر ذلک من الأمثله، وإن کان الأحوط الضمان فی کل ذلک.

ثم الظاهر أنه إذا أعرض صح له استرجاعه قبل تملک الغیر دون ما بعده، وقد ذکرنا فی بعض مباحث (الفقه) أن الإعراض یوجب لحوق الملک بالمباحات الأصلیه، فهو لمن سبقه، فإذا سبقه غیره لا یصح له أن یسترجعه، بخلاف ما إذا لم یستملکه غیره.

ومنه یعلم وجه النظر فیما ذکره المسالک: من أنه یجوز للمالک الرجوع ما دامت العین باقیه، لأن ذلک بمنزله الإباحه، ولذا قال فی الجواهر علیه: إنه قد یشکل بأصاله اللزوم بعد حرمه القیاس علی الهیه ومنع کونه أولی، بل ینبغی الجزم بذلک، بناءً علی صیرورته کالمباحات بالإعراض، وعلی هذا فمع فرض الإعراض لمالک الأرض وغیره تملکه، وله طرحه من أرضه کغیره من المال المعرض عنه وإن کان کثیراً، وإذا أعرض المالک وجاء الغیر إلی الأرض وأخذه صار له

وإن كان دخوله فى الأرض حراماً، لعدم المنافاه بين الأمرين.

ثم الظاهر أنه إذا نبتت النواه أو جذور شجره الغير كان مشتركاً بين مالك الأرض ومالك النواه، بل إذا كان الماء لشخص ثالث كان هو أيضاً مشتركاً، لأنه نتاج الجميع، كما ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى كتاب الغصب، خلافاً للمشهور حيث يجعلون ذلك لمالك الحب فقط.

ثم إنه لا ـ فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الحب المحمول قليلاً ـ كحبه حنطه، أو كثيراً، لإطلاق الأدله، فاحتمال الفرق غير ظاهر الوجه.

قال فى المسالك: (ولو كان قليلاً لا يتمول كنواه واحده وحبه واحده فنبتت احتمل كونه لمالك الأرض إن قلنا لا يجب رد مثله على مالكه، لانتفاء حقيقه الماليه فيه، والتقويم إنما حصل فى أرضه، والأقوى عدم جواز تملكه مطلقاً فيكون حكمه كما تقدم).

وما قواه هو القوى، إذ لا تسليم لانتفاء حقيقه الماليه فيه.

وكيف كان، فقد علم مما تقدم أن لصاحب الأرض جبر مالك الحب على القلع إن لم يعرض قبل حمل الهواء على ما تقدم، وإن أعرض قبل حمل الهواء ليس له ذلك، لأنه ليس ملكاً له حتى يجبره على ذلك.

ومنه يعلم وجه إشكال الجواهر على من أطلق الإجبار، قال: (الظاهر ممن تعرض لذلك عدم تسلط صاحب الأرض على جبره على القلع بعد تحقق الإعراض عنه، ولكن قد يشكل إذا فرض حصول الإعراض بعد اشتغال الأرض به، بل وقبله بناءً على عدم خروجه عن الملك بذلك، إذ هو حينئذ نحو ما قيل فيما لو ترك الحب صاحبه لصاحب الأرض ولم يقبله).

لكن قوله: بناءاً إلخ، غير ظاهر الوجه، لما عرفت من أن الإعراض مخرج

ص:٣٠٣

عن الملك، فمقتضى القاعده هو التفصيل المذكور، نعم قد ذكرنا فى كتاب الغصب تفصيلا، وألمعنا إليه فى بعض المسائل السابقه فى هذا الكتاب حول الإجبار، وأنه إنما يكون فيما إذا لم يكن إسراف يمنع عنه الشرع، ولم يكن من تعارض الضررين، حيث يقدم لا ضرر مالك الحب على لا ضرر مالك الأرض.

ثم إنه لو أفسد الحب الذى نبت زرع صاحب الأرض أو أرضه أوما أشبه فمقتضى القاعده أن المالك للحب ونحوه إن كان مقصراً كان ضمانه عليه، وإلا لم يكن عليه ضمان لأصاله البراءه بعد أن لم يكن تسبيب.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا فعل الحيوان فعل الهواء لاشتراك العله فى الاثنين.

أما لو أن إنساناً فعل ذلك، فالظاهر أن عليه خساره كل طرف منهما، سواء كان عامداً أم لا، إذ الضمان لا يتبع العمد.

أما مؤنه النقل عن أرض الغير فيما إذا لم يكن إعراض قبل ذهاب الهواء به إلى أرض الغير، فالظاهر أنها على مالك الحب، وإن أعرض بعد ذلك، لأنه لما كان ملكه وجب عليه نقله فإعراضه لا يفيد سقوط الوجوب عليه، بل هو من قبيل أن يملأ دار الغير بالنفايات ثم يعرض عنها، فإن الإعراض لا يسبب عدم وجوب تخليتها منها بدليل «لا ضرر» وغيره.

ومنه يعلم وجه النظر فى إطلاق التذكره، حيث قطع بسقوط مؤنه نقله وأجرته عنه، لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه، وكان الخيار لصاحب الأرض المشغوله إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه، ولذا قال فى الجواهر: (إنه لا يخفى عليك ما فيه، بناءً على وجوب تخليص ملك الغير منه، ضروره أن الإعراض عنه بعد عدم الخروج عن ملكه به، أو البذل لصاحب الأرض مع عدم القبول لا يرفع الوجوب المزبور عنه الذى قد صرح به غير واحد فى الصوره الأخرى، وهى ما لو علم المالك بعينه ولم يكن منه إعراض ولا بذل، معللين له بأن ملكه قد شغل

أرض غيره بغير حق فيجب تخليصه منه والتسويه وطم الحفر، بـل صـرح بعضـهم بوجوب الأـجره عليه للمـده بعـد امتنـاعه، لأـنه كالغاصب حينئذ) ((۱)).

ومنه يعلم أن مناقشـته بعـد ذلـك فی الأـجره غير ظـاهر الوجه، حيث قـال: (بـل قـد ينـاقش فی الأـجره مطلقاً للشک فی وجوب التخليص عليه بعـد أن لم يکن الشـغل منه للأصل، وکونه مالکاً لا يقتضـی ذلک، نعم لصاحب الأرض بعد امتناع المالک إزالته عن ملکه کما عبر به المصنف).

إذ مـال مالک الحب هو الشاغل لأرض الغير، فهو کما إذا سـقط درهمه فی محبره غيره ثم أعرض عن الـدرهم، فإن الإعراض لا يوجب عدم ضـمانه، والتقصـير وعدم التقصـير لا تأثير له فی الضمانات، ولذا لو دعی غيره إلی منزله فعقره کلبه کان ضامناً، وإن لم يکن مقصراً فی عقر الکلب له، وکذا إذا انقلب الظئر علی الطفل فمات، وإن کانت المسأله بعدُ بحاجه إلی التأمل والتتبع.

قال فی مفتاح الکرامه: (قال فی المبسوط والسـرائر وجامع المقاصد: إن له علی المالک أجره الأرض لأنها حصلت فيها بغير صنع منه، وفی الأخير: إن ذلک إذا قصر فی القلع، وقضيه کلامه أن ليس عليه أجره إن لم يقصر فيه، وقد يقال: ليس عليه أجره أصلًا، لأنه قد حصل بغير تفريط فأشبه ما لو ماتت دابته فی دار إنسان بغير تفريطه، فليتأمل).

والمسأله سـياله فی کل ما سـبب ملک إنسان ضـرر إنسان آخر بدون تقصـير من ذلک الإنسان المالک، هل يجب علی المالک تـدارک الخسـاره، لأن الضـرر توجه منه إلی ذلک الإنسان، أو لا يجب مطلقاً، أو أنه فرق بين أن يکون قـد أعرض عن ماله قبل أن يدخل ملک غيره، أو يعرض عنه بعد دخول ملک غيره.

ثم إنک حيث قد عرفت أن المدار فی المقام هو عدم الإسراف فی القلع، لأنه

۱- جواهر الکلام: ج۲۷ ص۱۹۲

محظور شرعاً، وتقدم الضرر الأقل على الضرر الأكثر فى تعارض الضررين، لأنه مقتضى «لا ضرر» تعرف وجه النظر فى قول الجواهر، حيث قال: (إنه لم يجد أحداً احتمل هنا وجوب الانتظار فى الزرع الذى له أمد ولا دفع الأرش فيه أو فى الشجر كما ذكروه فى العاريه ونحوها. بل صريح بعضهم عدمه مع أنك قد سمعت أن بناء ذلك فى العاريه على تزاحم الحقوق، وعدم كونه ظالماً فى عرقه، وإلا فالإذن له يجوز له الرجوع فيها لأنها حصلت فى ضمن عقد جائز، وإجراء قاعده تزاحم الحقوق ومراعاه الأكثر ضرراً والقرعه ونحوها فى المقام إن لم يكن أولى من ذلك المقام فهو مساو له، مثل دابه وضعت رأسها فى قدر شخص أو دخلت دار الغير فاحتاج إخراجها إلى خراب الباب مثلاً ونحو ذلك، فلابد من ملاحظه الفرق بين المقامين، ولعله قاعده أخرى وهى وجوب تخليص ملك الغير عما اشتغل فيه من ملك آخر).

بالإضافه إلى أن القاعده الأخيره لا دليل عليها إلّا العمومات أمثال «لا ضرر» و«لا يتوى» وما أشبه.

ثم إن القواعد قال: (والأقرب أن عليه تسويه الأرض، لأنه قلعه لتخليص ملكه)، وفى مفتاح الكرامه: (كما فى التحرير، والأقوى كما فى الإيضاح، والأصح كما فى جامع المقاصد، وبه جزم فى التذكره قائلاً: فأشبه فصيلاً دخل دار إنسان ثم كبر فاحتاج صاحبه إلى نقض باب الدار، فإن عليه رده وإصلاحه، لأنه فعله لتخليص ملكه).

أقول: ولا فرق فى ذلك بين أن يكون صاحب النواه هو الذى قلع الشجره أو صاحب الأرض، وذلك لأن شغل أرض المالك لما كان بغير حق وجب أن يكون دفع ذلك واجباً على مالك النوى، فإذا لم يفعله وفعله مالك الأرض كان

الحكم كذلك فيما يحدث من الضرر على صاحب الأرض، فيجب على مالك النواه إزالته، وقد عرفت سابقاً أنه لو أعرض عنه لم ينفع ذلك، فحاله حال ما إذا أعرض عن دابته فى دار غيره أو عن درهمه فى محبره غيره أو ما أشبه ذلك.

ومنه يعلم أن قول مفتاح الكرامه: (إذا كان النوى والحب مما أعرض عنه المالك فلصاحب الأرض تملكه ولصاحبه الرجوع فيه). محل نظر فى كلا فرعيه.

ثم إن المسالك قال: (ولو اشتبه المالك فى قوم منحصرين وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح أو التمليك ونحوه، ويجب على مالك الأرض أيضاً مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعين، ولو لم ينحصر المالك كان بمنزله اللقطه يجوز تملكه إن كان دون الدرهم حين التملك، فلو تركه من غير نيه التملك حتى بلغه وجب تعريفه كاللقطه، ويحتمل كونه كمال مجهول المالك فى جواز التصدق به عنه من غير تعريف).

وقد أشكل على المحصور فى الجواهر بقوله: (فيه إن هذا الوجوب لا ـ وجه له، لتمسك كل منهم بأصل البراءه السالم عن معارضه باب المقدمه فى الفرض المعلوم عدمها فيه، فالمتجه حينئذ إزالته بنفسه عن ملكه بعد مراجعه الحاكم أو بدونه، ولكن يسلم المال إلى الحاكم)، وفيه: إن مقتضى القاعده هو جريان قاعده العدل، فهو كما إذا سرق أحدهما مال زيد، أو خولط ماله بماله، فإنه يجب جريان قاعده العدل، وكذا إذا علم زيد أن أحد هذين يطلبه ديناراً.

وقد قال بمثل ذلك الجواهر فى كتاب الخمس، ففى الماليات لا تجرى أصل البراءه وإنما ذلك فى مثل واجدى المنى ونحوه على ما ذكره الشيخ فى الرسائل، على إشكال فى بعض الصور منه أيضاً.

كما أن ما ذكره المسالك فى الشق الثانى بأنه بمنزله اللقطه هو مقتضى القاعده، وقول الجواهر فيه: (إنه إلى مجهول المالك أقرب منه إليها لعدم تحقق كونه مالاً ضائعاً ولو بقرينه، بل هو

كالثوب الذى أطارته الريح)، فيه: إن مفروض الكلام كونه مالاً ضائعاً، وكذلك حال الثوب الذى أطارته الريح.

أما قول جامع المقاصد: (ولو جهل المالك مع عدم تحقق الإعراض فهو مال مجهول المالك)، فلعله لا يريد بما يقابل اللقطه.

وفى مفتاح الكرامه: (هو لقطه، كما عن التذكره يجب تعريفه إلاّ أن يحصل اليأس من مالكه فى الحال فيجوز التصدق به، وإن أراد تملكه فلابد من التعريف) ((١)).

وعلى أى حال، فهو محتاج إلى التعريف، نعم إذا لم يعلم هل له مالك أو لا، إذا لم يكن استصحاب كان من مجهول المالك ولم يكن من اللقطه.

ثم إن المسالك قال: (ولو حمل السيل أرضاً بشجرها أو بدونه فهى لمالكها ويجبر على إزالتها كما مر، وفى جميع ذلك لو تركه مالكه لصاحب الأرض الذى انتقل إليها، فإن قبله فلا كلام، وإلا ففى وجوب إزالته على مالكه وجهان).

والفرع الأول: كما ذكره على ما تقدم دليله فى شبهه.

وأما الفرع الثانى: فإن مقتضى القاعده وجوب الإزاله لما عرفت سابقاً، فلا وجه لعدم وجوب الإزاله.

ثم إن مما تقدم من كون المالك للحب مشتبهاً، وأن مقتضى القاعده جريان قاعده العدل، يعرف ما إذا كان مالك الأرض مشتبهاً بين نفرين أو أكثر، حيث مقتضى القاعده جريان قاعده العدل، ولو حمل السيل أو الهواء من بستان الجار أو داره، فقال الجار: ليس مالى، وقال صاحب الأرض: بل هو مالك، احتاج صاحب الأرض إلى الدليل، وإلا حلف صاحب البستان.

كما أنه لو انعكس بأن ادعى صاحب الدار أو البستان أن السيل حمله من داره أو بستانه، وأنه ماله، وأنكر صاحب الأرض، احتاج صاحب البستان أو

١- مفتاح الكرامه: ج١٧ ص٤١٥ _ ٤١٦

الدار إلى الدليل على كونه مالاً له، ويكفي لصاحب الأرض الحلف على عدم علمه بأنه له، إذا لم يكن لصاحب البسـتان الحجه، ولم يدع صاحب الأرض علمه بأنه ليس له، وإلا احتاج إلى الحلف على العدم.

ص:٣٠٩

مسأله ۱۸ : لو نقصت العين لسبب الاستعمال

(مسأله ۱۸): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لونقصت العين المستعاره بسبب الاستعمال المأذون فيه، ثم تلفت، وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها، كما عن المبسوط والتذكره والمختلف والحواشی، لأن النقصان المذكور غير مضمون فی نفسه، ولا مندرج فی إطلاق ضمان المشترط، نعم لو نص عليه فی الشرطيه اتجه ضمانه).

وهو كما ذكروه، نعم قد ذكرنا فی كتاب الغصب أن مقتضی القاعده الضمان يوم التسليم، لا يوم التلف، لأنه حين التلف ينتقل إلی الذمه، وإنما يوم التسليم ينتقل إلی القيمه.

قال فی المسالك: (إذا شرط ضمان المستعار فقد شرط ضمان عينه علی تقدير التلف، وضمان نقصانه علی تقديره، وضمانهما معاً علی تقديرهما، وقد يطلق اشتراط الضمان، ولا شبهه فی اتباع مقتضی شرطه فی الثلاثه الأول فيضمن العين خاصه فی الأول، والنقصان خاصه فی الثانی، إلی أن ينتهی حالات تقويمه باقياً وضمانهما معاً فی الثالث، وإنما الكلام عند إطلاق اشتراط الضمان وهو مسأله الكتاب، والمصنف (رحمه الله) جزم بأن الإطلاق منزل علی ضمان العين خاصه فيضمن قيمتها يوم التلف، لأن النقص حصل بفعل مأذون فلا يكون مضموناً، لأنها لو لم يتلف وردها علی تلك الحال لم يجب شیء، فإذا تلف وجبت مساويها فی تلك الحال).

أقول: المتبع الظهور، وإن كان بالنسبه إلی النقص، إذ ليس النقص من لوازم الاستعمال، فيجوز أن يكون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً، ولو فرض اتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل منه، بمعنی كون المنفعه المأذون فيها هی نفس النقص المزبور لم يضمن.

ولم يعرف وجه قول الجواهر أنه فی هذه

الصوره يتجه عدم صحه اشتراط ضمانه، لأن الضمان حكم وضعی، والاستعمال حكم تكليفی ولا منافاه بينهما. وقوله بعد ذلك: (إن اتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل مجرد تصور وهمی)، غير ظاهر، فإنا نری فی العطور وما أشبه أنها تنقص بمجرد فتح رأس القنينه ووضعها فی الغرفه لطيرانها بالبقاء.

ومما تقدم ظهر الإشكال فی موضعين:

الأول: تنزيل الإطلاق علی ضمان العين خاصه، بدليل أنه المتبادر من إطلاق النص والفتوی فی المعير والمستعير، ولا يخطر ضمان الأجزاء بالبال، لأنه لا تكاد تنفك عاريه غالباً عن نقصها بالاستعمال ولو يسيراً إلّا ما قل، كما نبه عليه فی المبسوط، إذ لا نسلم أن الإطلاق مطلقاً كذلك، بل اللازم ملاحظه العرف والقرائن.

نعم لو شك فی ضمان الأجزاء والمنفعه كان الأصل عدم الضمان، لأنه مقتضی العاريه إلّا ما خرج بالدليل.

الثانی: فی استشكال العلامه فی ضمان الأجزاء، حيث قال: (لأن النقص غير مضمون علی إشكال)، وكأنه لاستناد النقص إلی فعل مأذون فيه فلا يكون مضموناً، ومن أنها عين مضمونه بالاشتراط.

ونحوه ما عن الكفايه وجامع المقاصد حيث قال: (إنه قد تعارض فی تضمين الأجزاء الذی هو مقتضی تضمين العين، والإذن فی الاستعمال الذی هو مقتض لكون أنواع الاستعمال المأذون فيها لا يتعلق بها ضمان، وهو محل تردد)، لكنه قال بعد ذلك: (لا أستبعد ضمانها ــ أی الأجزاء ــ لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص، ولا منافاه بين كون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً وهو قوی جداً).

وقد غرفت أنه لا وجه للإشكال المذكور، ومقتضی القاعده الضمان، والظاهر أنه تبع فی هذا القول فخر المحققين حيث جعل الضمان الأصح، وحكاه عن أبی

علی وأبی الصلاح، وتبعهم المسالک، واحتمل فی مفتاح الکرامه حمل خبر وهب علی ذلک، وهو ما رواه عن جعفر (علیه السلام)، عن أبیه (علیه السلام): أن علیاً (علیه السلام) قال: «من استعار عبداً مملوکاً لقوم فعیب فهو ضامن، ومن استعار حراً صغیراً فهو ضامن»((۱))، قال: (وقد حمله فی الاستبصار علی ما إذا استعار من غیر مالکه تاره، وعلی ما إذا فرط فی حفظه أو تعدی تاره، وعلی ما إذا اشترط الضمان علیه أخری، وهذا قد یوافق ما فی الإیضاح وجامع المقاصد).

لکن لا یخفی ما فی الاستدلال بذلک لقول الجواهر: (إنه ظاهر فی غیر محل الفرض الذی هو النقصان الناشئ من نفس الاستعمال کانمحاق الثوب ونحوه، لا اتفاق تلف بعض أجزائه بحرق ونحوه، فإنه لا شک فی اندراجه فی إطلاق الضمان المشترط الذی هو الجمله والأجزاء کما هو واضح)((۲)).

وعلی أی حال، فالظاهر صحه شرط الضمان فی النقص، سواء کان بالاستعمال أو بالتلف، ولا یبعد أن یکون الخبر محمولاً علی التعدی أو التفریط، لأن العیب غالباً لا یکون إلّا بسبب ذلک.

ثم إن مفتاح الکرامه قال: (وعلی القول بالضمان فإنه یضمن أعلی القیم من حین القبض إلی حین التلف، لمکان ذهاب الأجزاء علی التدریج، کالثوب یلبس وینسحق علی التدریج، ولا یضمن الأعلی لو کان اختلاف القیم بحسب اختلاف القیمه السوقیه، لأن ذلک لیس من مدلول ضمان العین، علی أنا لم نوجبه علی الغاصب).

وفی کلامه الأخیر نظر، لأنه لا فرق فی الضمان بین اختلاف القیمه السوقیه

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۸ الباب ۱ من أبواب کتاب العاریه ح۱۱
۲- جواهر الکلام: ج۲۷ ص۱۹۴

وغيره، وكأن الجواهر أشار إلى مثل هـذا الإشـكال حيث قال: (وقـد وقع فى بعض الكتب المتأخره هنا ما لا ينبغى أن يسـطر، فلا تغفل).

وعليه، فإذا شـرط الضـمان فكانت القيمه عنـد تسـلم العاريه مائه، وعنـد التلف مائتين مثلًا، وجب عليه إعطاء المائتين، كما أنه لو نقصت القيمه فصارت خمسـين كان مقتضـى القاعـده ضـمان خمسـين، إلّا أن يكون نص أو ظهور فى الضـمان بقدر قيمه وقت التسلم، سواء زادت بعد ذلك أو نقصت.

والحاصل: إنه إن قـدر الضـمان بالقدر المعين عند الشـرط فهو، وإلا فإذا كان الشـرط مطلقاً فالمرجع العرف فى قدر ألفهم، وإذا كان مجملًا كان المتبع الأصل على ما تقدم، ثم يأتى الكلام فى قدر القيمه هل هو من حين التسـلم إلى حين التلف أو إلى حين التسليم على ما ذكرناه سابقاً، وذكرنا مثله فى كتاب الغصب، فإن المتبع هو الظهور ثم العرف ثم الأصل.

ثم النقص لولم يوجب شـيئاً، أو أوجب زياده القيمه، كما فى الحيوان إذا خصـى، فالظاهر أنه لا شـىء على المسـتعير، سواء كان الضمان بالتعدى والتفريط، أو بالشرط، ولو بدونهما لفرض أنه لم ينقص شىء من القيمه.

نعم لو كان الشـرط الضمان بقدر المنقوص وإن لم تنقص من القيمه وجب إعطاء قيمه المنقوص، كما إذا قطع أليه الغنم وكانت للأليه قيمه، وإن لم تنقص قيمه الغنم بذلك أو زادت به.

والظاهر صـحه شرط العكس وهو أنه لو زادت القيمه كانت الزياده للمستعير، كما إذا سمنت الدابه عنده أو نمت الشجره أو نحو ذلك، لإطلاق كون المؤمنين عند شروطهم، ولا يلزم أن تكون الزياده من عمل المستعير، لأن

الاستدلال ليس بـ (أن ليس للإنسان إلّا ما سعى)((۱))، وإنما الاستدلال بالشرط، والشرط يصح أن يكون ولو بدون سعى المستعير.

كما يصح اشتراط أن يكون الزياده أو النقص على ثالث أو له، أما له فلا حاجه إلى شىء، وأما عليه فيصح إذا كان فى ضمن عقد ونحوه مما يكون ملزماً للثالث.

وكما يصح شرط كون النقص مطلقاً على المستعير، يصح شرط كون بعض أقسام النقص عليه دون بعض أقسام النقص، لأنه مقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم»((۲))، كما هو واضح، وكذلك فى طرف الزياده.

ثم إنه لو شرط ضمان النقص، فإن كان المراد النقص حين التسليم إلى المعير لم يكن على المستعير شىء إذا نقص وكمل، كما إذا انكسرت رجل الدابه ثم جبرت، أو هزلت ثم سمنت، أما إذا كان الشرط أن النقص فى حين النقص مضمون وإن رجع إلى الكمال، كان مثل الهزال والكسر مضموناً، وإن رجعت الدابه إلى حالتها السابقه عند التسليم، وذلك لمقتضى دليل الشرط.

ومنه يعلم الحال فيما إذا سمنت الدابه ثم هزلت هزالاً بقدر وقت تسلمها عن المعير، فإن السمن قد يكون مضموناً وقد لا يكون مضموناً على حسب الشرط.

۱- النجم: الآيه ۳۹
۲- الوسائل: ج۱۵ ص۳۰ الباب ۱۹ و ۲۰ من أبواب المهور. الاستبصار: ج۳ ص۲۳۲ ح۴

مسأله ۱۹ : اختلاف صاحب الدابه والركب

(مسأله ۱۹): قال فی الشرائع: (إذا قال الراکب: أعرتنیها، وقال المالک: أجرتکها، فالقول قول الراکب، لأن المالک مدع للأجره، وقیل: القول قول المالک فی عدم العاریه، فإذا حلف سقطت دعوی الراکب وتثبت علیه أجره المثل لا المسمی، وهو الأشبه، ولو کان الاختلاف عقیب العقد من غیر انتفاع کان القول قول الراکب، لأن المالک یدعی عقداً، وهذا ینکره).

وقال فی القواعد: (لو ادعی العاریه والمالک الإجاره فی الابتداء صدق المستعیر، ولو انتفع جمیع المده أو بعضها احتمل تصدیقه بیمینه لاتفاقهما علی إباحه المنفعه والأصل براءه الذمه من الأجره، وتصدیق المالک بیمینه لأن الأصل مملوک فکذا المنفعه، فیحلف علی نفی العاریه، ویثبت له الأقل من أجره المثل والمدعی).

لو اختلفا فی الإعاره والإجاره

أقول: مقتضی القاعده هو التحالف، لأنا قد ذکرنا فی کتاب القضاء وغیره أن الملاحظ فی الدعوی المصب لا المآل فیتحالفان، حاله حال ما إذا ادعی أحدهما العاریه والآخر الصلح، أو أحدهما الصلح والآخر الإجاره أو ما أشبه ذلک، لأنه لا جامع بین الأمرین، فإذا بطل حسب الظاهر کل من الإجاره والإعاره، فعلی مدعی العاریه إعطاء الأجره، سواء کانت أقل مما یدعیه المالک أو أکثر أو مساویاً.

نعم لو کان المالک یدعی الأقل یحتمل أن لیس له علی مدعی العاریه التفاوت، لأنه بنفسه ینفیه، وإقرار العقلاء علی أنفسهم جائز.

وفی مفتاح الکرامه نقل فی المسأله أقوالاً سته، وجعل هذا القول الذی اخترناه هو قول المختلف والتذکره والحواشی وجامع المقاصد والمسالک والروضه ومزارعه القواعد والإرشاد وجامع المقاصد والروض، وأنه نزل الشهید

عباره القواعد فی الحواشی المنسوبه إلیه علی ذلک، لأن کلًا منهما مدع ومدع علیه، فیحلف المالک علی نفی الإعاره والراکب علی نفی الإجاره.

والثانی: هو أن القول قول الراکب المستعیر، وهو خیره عاریه الخلاف والمبسوط، مع تقیید العاریه فی المبسوط بما إذا کانت مضمونه، والغنیه واللمعه ومجمع البرهان والکفایه، وبه قال أبو حنیفه، واستدلوا لذلک بأنهما اتفقا علی أن تلف المنافع کان علی ملک المستعیر، لأن المالک یزعم أنه ملکها بالإجاره، والمستعیر یزعم أنه ملکها بالاستعاره، وقد ادعی علیه عوض ما تلف علی ملکه، والأصل عدم وجوبه وبراءه ذمته.

والثالث: إن القول قول المالک فی عدم العاریه، لموافقته الأصل والظاهر الغالب، ولا یقبل قوله فیما یدعیه من الإجاره، وهو خیره الشرائع والتحریر فی الباب وباب المزارعه وإجاره المهذب ومزارعه التذکره، وهو محتمل من إجاره المبسوط والشرائع أو ظاهرهما، لأن المالک مدع فإذا حلف علی نفی العاریه لم تثبت الإجاره، ولکن یثبت کون الراکب تصرف فی ملکه بغیر تبرع منه، فیثبت علیه أجره المثل.

والرابع: هو ما تقدم عن القواعد، واختاره الإرشاد أیضاً.

والخامس: القرعه فی تقدیم حلف أیهما، وهو مختار الشیخ فی مزارعه الخلاف، وجعله فی المبسوط أحوط.

قال فی الخلاف: (والذی یلیق بمذهبنا أن یستعمل فیه القرعه، ومن خرج اسمه حلف وحکم له به)((1))، ومعناه أن معرفه المدعی والمنکر مشتبهه علیه فی المقام فیجب المصیر إلی القرعه، وقضیه ما فی المبسوط أن الحاکم لمکان الاشتباه مخیر فی تقدیم أیهما شاء، والأحوط القرعه.

1- الخلاف: ج3 ص521

والسادس: قول السرائر، حيث قال: (لا نقبل قول المالک فی مقدار ما ادعاه من الأجره، ولا تقبل قول الراکب فیما ادعاه من العاریه، بل یوجب علیه أجره المثل، لأنا قد تحققنا رکوب الدابه والراکب یدعی العاریه فیحتاج إلی بینه، والمالک یدعی عقد إجاره وأجره معینه یحتاج أیضاً إلی بینه، فإذا عدمنا البینات علی ذلک، وقد تحققنا رکوب الدابه فالواجب فی ذلک أجره المثل عوضاً عن منافع الدابه المتحققه) ((۱)).

وبعد ما ذکرناه من مقتضی القاعده لا یهم أن کانت الأقوال السته أقوالاً فی المسأله أم لا، علی ما نفاها صاحب الجواهر، وحصر الأقوال فی ثلاثه فقط.

کما لا یهم رد استدلالات الأقوال الأخر علی فرض کونها أقوالاً حیث إن مقتضی القاعده لا یدع لها مجالاً، وإن کان فی استدلالاتهم ما فیه ممّا یظهر لمن تدبر أو راجع المطولات.

کما أنه لا یمکن أن یقف أمام ما اخترناه صحیح إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا الحسن (علیه السلام)، عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل الذی کانت عنده: ودیعه، وقال الآخر: کانت علیک قرضاً، قال: «المال لازم إلّا أن یقیم البینه أنها کانت ودیعه»((۲)).

إذ بالإضافه إلی أن الروایه فی غیر المقام، ووحده المناط غیر مقطوع بها، أن اللازم تقیید الروایه بما إذا تحالفا، وحینئذ فالمال لازم علی ما اخترناه وذکرته الروایه.

ومن الواضح أن الروایه لابد وأن تقید إما بما ذکرناه، وإما بأن المالک یجب علیه الحلف إذا لم یکن للآخذ البینه، لأنها جعلت البینه للآخذ فعلی المالک

۱- راجع مفتاح الکرامه: ج۱۷ ص۴۷۷

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۲ الباب ۷ من أحکام الودیعه ح۱

الحلف، وتقييد الروايه بما ذكرناه يجعلها حسب القاعده بخلاف تقييدها بحلف المالك، فإنه إذا دار الأمر بين أحد التقييدين كان التقييد الموافق للقاعده أولى.

وكيف كان، فبذلك ظهر أنه لا فرق بين الصورتين المذكورتين فى الشرائع والقواعد على ما نقلنا عبارتهما، كما لا فرق فى التنازع بينهما بين أن يكون بعد مضى مده الإجاره المدعاه أو فى أثنائها، كما أنه لا فرق بين بقاء العين وتلفها.

وعليه، فإذا كانت العين موجوده أخذها المالك، أما إذا كانت العين تالفه بغير تفريط فإن كانت أمانه كما لو كانت الإعاره التى يدعيها الراكب غير مضمونه، فلا شىء على الراكب لاتفاقهما على كونها فى يده أمانه، إمّا بالإجاره وهى غير مضمونه، أو بالإعاره وهى غير مضمونه على حسب الفرض.

وأما إن كان مدعى العاريه يقول بأنها كانت عاريه مضمونه، ففى المسالك إن مدعى الإعاره يعترف بثبوت القيمه فى ذمّته والمالك ينكره لعدم اقتضاء الإجاره الضمان، فيتوقف إلى أن يتفقا عليه.

لكن فى الجواهر: الظاهر أن له المقاصه بما أخذ منه من أجره المثل، والزائد يجب عليه التوصل إلى إيصاله بأحد الطرق الممكنه.

وما ذكره الجواهر هو مقتضى القاعده، لأن مدعى العاريه يقول: عاريه مضمونه فلا أجره، وإنما لك علىّ بدل العين، والمالك يقول: إجاره فلى الأجره وليس لى عليك بدل العين، فللمالك أخذ ما يعطيه مدعى العاريه من باب الأجره إذا كان ما يعطيه بقدر القيمه أو أقل، ويتوصل المالك إلى التفاوت فيما كان أقل بالمقاصه من مال آخر، وإن كان ما يعطيه مدعى العاريه أكثر رد عليه التفاوت.

ثم إن مما تقدم من أن مقتضى القاعده التحالف فى مثل هذا الاختلاف يظهر

وجه النظر فی قول مفتاح الکرامه، قال: (لو انعکس هذا الاختلاف وادعی المالک الإعاره والمتصرف الإجاره، فالقول قول المالک، سواء کان قبل مضی مده لمثلها أجره، أو بعد مضی مده الإجاره، أو بعد مضی بعض المده، وفی الصورتین الأخیرتین تکون الأجره مجهوله المالک).

إذ بعد کون مقتضی القاعده التحالف لا فرق فی أن یدعی هذا الإجاره وذاک الإعاره أو بالعکس.

ثم إنه لا فرق فیما ذکر فی ضمان العاریه بین أن تکون بالشرط أو بالأصل کعاریه الذهب.

وفی الجواهر: (لو انعکست الدعوی بأن ادعی المالک الإعاره المضمونه، والراکب ادعی الإجاره، والفرض تلف العین، فإن اتفقت الأجره والقیمه أخذها المالک بغیر یمین، وإن زادت القیمه أخذها بالیمین، بناءً علی ما عرفته من الأصل المزبور، وهذا غیر دعوی الضمان فی العاریه بعد اتفاقهما علیها، لأن الأصل عدم الاشتراط هناک، فیتحقق حینئذ من المالک ما لا یترتب علیه ضمان، بخلافه فی الفرض الذی بعد التحالف یبقی أصاله احترام مال المسلم).

ومما تقدم ظهر أنه لا فرق بین أن یکون المالک یدعی الإجاره أو الصلح بعوض أو الهبه المعوضه علی المنفعه أو ما أشبه ذلک، أما إذا ادعی المالک الغصب والمتصرف العاریه کان من باب المدعی والمنکر، لأن الغصب لیس عقداً، وقد ذکرنا شبه هذه المسأله فی کتاب الغصب.

ص:۳۱۹

مسأله ۲۰: لو انتفع بغیر ما أعاره له

(مسأله ۲۰): قال فی الشرائع: (إذا استعار لینتفع به فی شیء فانتفع به فی غیره ضمن، فإن کان له أجره لزمته أجره مثله).

وفی المسالک: (من غیر فرق بین کون المنفعه التی استوفاها أشق من المأذون فیها ومساویه وأدنی، إذا کان مخالفه لها فی الجنس، ولو اتفقا فی الجنس کأنواع الزرع ففیه ما مر من الإشکال).

أقول: قد تقدم أن مقتضی القاعده عدم التعدی عن عقد الاستعاره، فکل تعد یکون تصرفاً فی ملک الغیر بغیر إذنه، ویکون ذلک موجباً للأجره إذا کانت له أجره، من غیر فرق بین أن ینتفع نفس المستعیر أو غیره، ولا فرق فی ذلک بین العاریه والإجاره والصلح وغیرها.

فقول الجواهر: (کأن وجه الفرق بین العاریه والإجاره مثلًا أن مقتضی الثانی ملک المنفعه وهو إنما یتشخص بما یقتضی تنویعه کالرکوب والتحمیل ونحوهما إلاّ ـ مع الشرط فیجب حینئذ من حیث الاشتراط، ومن حیث ملک خصوص تلک المنفعه، فلو استأجر داراً مثلاً ـ لربط دابه مخصوصه فماتت تلک الدابه لم تبطل الإجاره، بل له ربط غیرها فیه مما هی أقل ضرراً أو مساویاً، وکذا رکوب الدابه وسکنی الدار ونحو ذلک، ضروره اقتضاء الملک ما ذکرناه مما لا خصوصیه فیه إلاّ مع الشرط، فإنه یکون حینئذ نحو اشتراط المباشره فی الأجیر المقتضیه انفساخ العقد بفواتها، أما العاریه فهی لیست إلاّ إباحه لا فرق فیها بالنسبه إلی ذلک، فمع فرض الاقتصار فیها علی شیء مخصوص بحیث لا ینقل منه إلی غیره لم یجز له التعدی ولو إلی الأقل من الجنس، فضلًا عن غیره)، غیر ظاهر الوجه.

ثم إنه قد تقدم أن تفاوت المأذون وغیر المأذون قد یوجب عدم الإذن فی الجمیع، وقد یوجب عدم الإذن فی غیر المأذون خاصه

فإذا استعار الدابه لحمل وزنه من الحنطه فحملها وزنه من الحنطه والشعير، وكان بحيث لم يأذن المالك فى كل ذلك الحمل، كان عليه أجره كل الوزنه، أما إذا كان أذن فى حمل نصف الوزنه من الحنطه كان عليه أجره نصف الوزنه من الشعير فقط.

ومن ذلك يعلم أنه لو استعار الحديقه فأعطاها ماءً أزيد أو أقل من المتعارف يكون ضامناً بقدر التفاوت، أو بقدر الكل، لأن المسألتين من باب واحد، وكذا إذا استعار الدابه فأعطاها علفاً أكثر أو أقل، إلى غير ذلك من الأمثله.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول القواعد حيث قال: (لو أعاره دابه لحمل معين لم يجز له الزياده، ويجوز له النقصان).

وفى مفتاح الكرامه: (الحكم الأول مما لا خلاف فيه، لأصاله عصمه مال الغير، وعدم جواز التصرف به إلّا بما أذن فيه، وأما الثانى فللأوليه العرفيه)، وفيه: إنه لا أولويه مطلقاً، ولذا كان المحكى عن المسالك والروضه وجامع المقاصد وغيرها منع الأولويه لاختلاف الأغراض فى ذلك، وهو كما ذكروه لا كما ذكره.

ص:٣٢١

مسأله ۲۱ : إذا جحد العاريه

(مسأله ۲۱): قال فی الشرائع: (إذا جحد العاریه بطل استیمانه ولزمه الضمان مع ثبوت الإعاره).

وكذلك قال فی القواعد: (وهو المحكی عن المبسوط والتحریر والإرشاد وغیرها، بل عن المبسوط نفی الخلاف فیه).

لكن لا يخفى أن الكلام على إطلاقه غیر تام، إذ ربما یكون معذوراً فی الجحود أو ناسیاً أو ما أشبه ذلك، وحیث قد ذكر تفصیل الكلام فی ذلك فی مبحث الودیعه، والبابان من باب واحد، لا داعی إلى تكراره هنا.

ثم قال الشرائع: (إذا ادعى التلف فالقول قوله مع یمینه، وأما لو ادعى الرد فالقول قول المالك مع یمینه).

لكن مقتضى القاعده أن القول قوله مع یمینه مطلقاً فی الأمرین، إذ مقتضى كونه أمیناً قبول قوله، سواء فی التلف أو فی النقص أو فی العیب أو فی الرد أو فی غیر ذلك، وهوحاكم على قاعده «البینه على المدعی والیمین على من أنكر».

وقول الجواهر: (الائتمان لا یقتضی تصدیقه فی الرد وقبوله فی الودیعه للنص لا لذلك، ولا لأنه قبض لمصلحه المالك بخلافه هنا، وإلا لاقتضى فی الوكیل بدون جعل ذلك، فالعمده حینئذ ما ذكرناه).

غیر ظاهر الوجه، نعم إن تم الإجماع غیر المحتمل الاستناد لزم القول بذلك فی عدم قبوله فی الرد.

قال فی القواعد: (ویصدق المستعیر فی ادعاء التلف لا فی الرد)، ونقل فی مفتاح الكرامه تصدیقه فی ادعاء التلف عن التذكره والتحریر والإرشاد واللمعه وجامع المقاصد والروضه والكفایه، وقال: (وقد یلوح ذلك مِن مَن اقتصر على ذكر عدم قبول قوله فی الرد)، وفی الریاض: أنه لا خلاف فیه، سواء ادعاه

بأمر ظاهر أو خفى لأنه أمين ولإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى ما عن مجمع البرهان، حيث أشكل على ذلك، وقال: (إن ما استندوا إليه ليس بحجه قاطعه، والقياس على الوديعه قياس مع الفارق لمكان الضروره، لأن لا يلزم سد باب الوديعه، فإن كان إجماع أو نص وإلا فالقواعد تقتضى أن القول قول المالك كما فى الرد، لأنه مدع والمالك منكر، والفرق بين الرد والتلف مشكل، نعم يمكن قبول قوله فى موضع لا يمكن الإشهاد).

إذ فيه ما لا يخفى، فإن مقتضى كون الأمين مؤتمناً أنه يقبل قوله فى كلا المجالين.

ثم إن مفتاح الكرامه قال عند قول العلامه: (لا فى الرد): (كما فى الكتب التسعه المتقدمه مع زياده النافع وإيضاحه والتبصره والمسالك ومجمع البرهان، وفى الرياض أنه لا يعلم فيه خلافاً للأصل، وأنه قد قبضه لمصلحه نفسه بخلاف الودعى، فإنه إنما قبض لمصلحه المالك خاصه).

وقد عرفت وجه النظر فى ذلك، فالقول بتساوى الرد والتلف هو مقتضى القاعده.

ثم على قولهم بالاختلاف بين المقامين، لو رده لكن لو قال المستعير: رددته، ألزم البينه ولا بينه له، ويحلف المعير مما يوجب خسارته، فهل يجوز له أن يدعى التلف حتى يتخلص من ذلك، الظاهر كون ذلك من باب جواز الكذب للمصلحه، فإن قلنا به بما يشمل المقام مطلقاً أو فى الجمله قلنا به هنا جاز، وإلا فلا.

ثم لو جاء المستعير بشىء وادعى أنه هو المستعار، وشك المعير فى أنه له، أو أن المستعير بدلّه إلى غيره، كان القول قول المستعير أيضاً، لأنه مؤتمن، منتهى الأمر أن للمعير حق الحلف عليه، وقد تقدم الكلام فى حلفه.

ص:٣٢٣

مسأله ۲۲: لو تعدى فى العاريه أو فرط

(مسأله ۲۲): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لو فرط فى العاريه أو تعدى وتلفت كان عليه قيمتها عند التلف إذا لم يكن لها مثل، وإلا كان عليه مثلها، وقيل: أعلى القيم السوقيه من حين التفريط إلى وقت التلف، أخذاً له بأشق الأحوال كالغاصب الذى فيه مع ذلك أقوال أخر أيضاً، ولكن لا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المذهب وقواعده، لأنه وقت اشتغال الذمه بالعوض الذى هو بدل العين، ورده قائم مقام ردها، نعم لو كان التفاوت فى القيمه لنقص فى العين اتجه الضمان حينئذ كما هو واضح).

لكنك قد عرفت فى كتاب الغصب وغيره: أن مقتضى القاعده أعلى القيم إلى وقت التسليم، لأن القيمى بالتلف ينتقل إلى الذمه، لا أن قيمته تنتقل إلى الذمه فهو يطلب منه دابه، وحيث لا يتمكن وقت التسليم من تسليم الدابه لفرض كونها قيميه وجب عليه إعطاء القيمه له، فإنه ظاهر «ما أخذت».

وأما كونه أعلى القيم، فلأنه واضع يده على أعلى القيم، وإن كان فى حال التسليم نزلت قيمه الدابه، فيشمله دليل «على اليد»، اللهم إلّا أن يقال: إنه مثل المثلى الذى ليس عليه إلّا تسليم مثله، وإن كانت ارتفعت القيمه فى الأثناء ثم تنزلت فلا يجب عليه إلّا القيمه يوم التسليم، سواء كانت مرتفعه أو منخفضه، وسواء ارتفع فى الأثناء أم لا.

ثم إنه قال فى الشرائع: (ولو اختلفا فى القيمه كان القول قول المستعير، وقيل: القول قول المالك، والأول أشبه)، وما ذكره المحقق هو مقتضى القاعده، لأصاله البراءه الموافقه لنفى الزائد الذى يدعيه المالك.

أما القول الآخر الذى يقول بأن القول قول المالك فقد استدل له بأن أشق الأحوال موجب للبراءه اليقينيه، وبأن المالك أعرف بملكه، لكن كلا الدليلين لا يقاوم دليل القول الأول.

ص:۳۲۴

ولذا قال فی الجواهر: (لا دلیل علی أخذه بأشق الأحوال علی وجه یشمل المقام، والشغل بغیر ما اعترف به المستعیر لم یثبت).

ثم إن من الواضح أن کون القول قول هـذا أو قول ذاک، فیما إذا لم تکن البینه وأهل الخبره مما یدخله فی قسم الاستبانه الذی قال عنه الإمام (علیه الصلاه والسلام): «والأشیاء کلها علی ذلک حتی تستبین أو تقوم به البینه»، وإلا لم تصل النوبه إلی قول ذاک.

وکیف کان، فقول المحقق هو الذی نقله مفتاح الکرامه عن السرائر والنافع وکشف الرموز والإرشاد والمقتصر والتنقیح وإیضاح النافع ومجمع البرهان والکفایه والتذکره وجامع المقاصد والمسالک، وقد أضاف هؤلاء أنه کذلک مع التضمین أیضاً، خلافاً للتحریر والتبصره، حیث قیدا بالتفریط فقط بدون ذکر التضمین.

وفی مفتاح الکرامه: لیس ذلک خلافاً، بل لعله للتنبیه علی الأخفی أو الأغلب، قال: (وقال الشیخ فی النهایه: وإذا اختلف المستعیر والمعیر فی قیمه العاریه کان القول قول صاحبها مع یمینه، فإن اختلفا فی التفریط والتضییع کان علی المعیر البینه، فذکر التفریط بعد الاختلاف فی القیمه وهو الذی یفهم من المقنعه والمراسم، وبه صرح فی الوسیله، قال: وإن اختلفا فی القیمه کان القول قول المعیر، وهو المحکی عن القاضی. وقال فی الغنیه: وإذا اختلفا فی مبلغ العاریه أو قیمتها أخذ ما أقر به المستعیر وکان القول قول المالک مع یمینه فیما زاد عن ذلک بدلیل الإجماع، وحکی مثل ذلک فی المختلف عن التقی)، إلی آخر ماذکره السید العاملی (رحمه الله).

وعلی أی حال، فهل تقدیم قول المستعیر علی ما ذهب إلیه المشهور واخترناه

ص:۳۲۵

لأنه أمين أو لأصل البراءه اختلفوا فى ذلك، لكن الظاهر الأول، لأنه مقتضى الأمانه، فكما يسمع قوله فى أصل التلف يسمع قوله فى الخصوصيات أيضاً، لأن جميع ذلك مشمول لكونه مؤتمناً، وأن القول قوله فلا تصل النوبه إلى أصل البراءه وإن كان موافقاً له، فإن الأصل أصيل حيث لا دليل.

مسأله ۲۳: لو قال: أعرتک لتعیرنی

(مسأله ۲۳): قال فی القواعد: (لو قال: أعرتک حماری لتعیرنی فرسک، فالأقرب الجواز).

وقد نقله مفتاح الکرامه عن التذکره والإیضاح وجامع المقاصد، واستدل لذلک فی محکی التذکره والإیضاح بأنه شرط ولیس بعوض، لأن المقتضی للعوضین عقد واحد، وهنا لیس کذلک.

وعن جامع المقاصد تعلیله بوجود المقتضی وانتفاء المانع، لأن المذکور شرط لا عوض، ولا ریب أن العاریه عقد یقبل الشرط الذی لا ینافی مقتضاه، ولیس الشرط عوضاً إنما العوض ما جعل مقابلاً کهذا بهذا.

وأشکل علیهم مفتاح الکرامه بأن هذا شرط ینافی مقتضی العقد، وقد قالوا فی باب شروط البیع أن الشرط داخل فی أحد العوضین، وقالوا فی مواضع أنه جزء من الثمن ورتبوا علی ذلک ما رتبوا.

وتبعه الجواهر فقال: (لیس فی الأدله ما یقتضی اختصاص المنافاه بمثل العوض لا الشرط، بل المفهوم منها أنها نوع من البر والمعاونه والإحسان ونحو ذلک مما ینافیه ذکر العوض ولو علی طریق الشرط، نحو: أعرتک کتابی لتهبنی عشره دراهم مثلاً، بل لا فرق فیه بین اشتراط استحقاقه بعقد آخر کهبه وعاریه ونحوهما، وبین استحقاقه فی عقدها، ضروره منافاته للتبرع المزبور کما هو واضح).

لکن مقتضی القاعده الصحه، وأنه إذا کانت المقابله بمنزله القید فلم یفعل المستعیر بطلت العاریه تلقائیاً، سواء کان القید مقارناً أو متأخراً، وإذا بطلت کان للمعیر الأجره علی المستعیر، إذ لم یعطه المال مجاناً والمستعیر لم یدخل علی المجانیه.

أما إذا کانت المقابله من باب الشرط حق للمعیر الفسخ بالشرط فیأخذ الأجره، وعدم الفسخ فلا أجره له، ولا یخفی أن المجانیه مقتضی إطلاق العاریه لا مقتضی

العقـد حتى يكون الشـرط منافيـاً لمقتضـاه، والفرق بين الفسـخ بالشـرط أو بأصل جواز العاريه أن الأول يصـح حتى بعـد انقضاء العـاريه لأنـه من الأمور الاعتبـاريه والعرف يعتبر ذلـك، بخلاف الثانى، فإذا فسـخ فى الأول ترتب أثر الفسـخ من الأجره على ما عرفت.

ولأجل ما ذكرناه من كون القاعده الصحه رجع مفتاح الكرامه عن إشكاله وقال: (لكن قد يقال: إن هذا ليس من ذاك، ونظرهم فى المقـام إلى مـا قـالوه فى بـاب القرض بشـرط البيع محابـاةً من أنه لو قـال له: أقرضـتك هـذه المائه درهم بشـرط أن تزيـدنى خمسـين درهماً، كان حراماً وربا، لأن الزياده جاء بها العقد بنفسه، وأنه لو قال له: وأقرضـتك هذه المائه بشرط أن تبيعنى دارك التى تسـاوى مـائه بخمسـين، فلا ربـا، لأن هـذه الزيـاده جاءت بواسـطه عقـد آخر، وما نحن فيه من هـذا القبيل، فإنه إذا قيل له: أعرتك بدرهم، فالعوض جاء به العقد الواحد، وإذا قال له: أعرتك بشرط أن تعيرنى، فقد جاء العوض بواسطه عقد آخر).

لكن ربمـا يشـكل فى عـدم مجىء الربـا فى الصـيغه الثـانيه، لأن أدله الربا شامله لمثله أيضاً، لأنه من فساد المال، ولا ينافى عـدم الصحه فى باب القرض الصحه فى المقام، لشمول أدله العاريه له.

ثم إنه لا يجب على المستعير عاريه ما اشترطه المعير، على ما ذكره التذكره والقواعد وجامع المقاصد ومفتاح الكرامه والجواهر.

ثم إنك قـد عرفت الفرق بين القيـد والشـرط، ومع الشـرط بين الفسـخ وعدم الفسخ، فإطلاق غير واحد من الفقهاء أنه لو لم يعر الثانى فالأقرب أن له الأجره محل نظر، وإن علله بعضهم بأن الإذن فى الانتفاع لم يقع مطلقاً مع سلامه النفع، فإذا لم يسلم كان له المطالبه بالعوض، وآخر بأن كل شرط صح فى

عقد يثبت الفسخ بفواته، فإذا فسخت العاريه انتفى مبيح العين بغير عوض فوجبت الأجره.

كما يعلم وجه النظر فيما عن جامع المقاصد، بأن عقد العاريه فى غايه الضعف، ولذا يعول فيه على قرائن الأحوال كظروف الهدايا، وثمرته فى غايه الضعف وهى الإباحه فتنتفى ثمرته بأدنى سبب، وهو انتفاء الشرط لا أن انتفاءه يسلط على الفسخ كما فى العقد اللازم القوى الذى ثمرته التمليك مثلاً ـ واللزوم، فإن انتفاء الشرط فيه يسلط على فسخ اللزوم بخلاف عقد العاريه المطلوب فيه مجرد الإباحه، فليس الشرط فيه إلّا شرطاً للإباحه، فاذا انتفى انتفت.

إذ فيه: إنه لا فرق بين العقد اللازم والعقد الجائز بأن أثرهما باق ما لم يحصل فاسخ.

وكأنه إلى ما ذكرناه نظر الجواهر فى رده لهذا الكلام بقوله: (إن هذا الكلام مرجعه إلى تعليق الإذن فى المنفعه الخاصه على الشرط المزبور، فحيث يحصل تحصل، وإن انتفى انتفت، فهو تعليق محض لا يجامع صحه العقد، وخصوصاً إذا كان المعلق عليه العاريه فى الزمان المتأخر مثلا، فإن استيفاء المنفعه الآن قبل مجىء المعلق عليه بالإذن التى هى مقتضى صحه العقد فلا تتعقبه أجره وإلا لم يصح الانتفاع، ودعوى البقاء مراعى كما ترى).

وإن كان فى كلامه الأخير نظر، لأن مقتضى القاعده البقاء مراعى لما عرفت من أنه من الأمور الاعتباريه، والأمور الاعتباريه خفيفه المؤنه، والنظر العرفى إلى أنه يصح الفسخ ولو بعد انتفاء الوقت.

ومنه يعلم أن كلام الجواهر رداً على من قال: (بأنه إذا فسخت العاريه انتفى مبيح العين بغير عوض فوجبت الأجره) بقوله: (وفيه: إن ذلک إن تم فإنما يؤثر فيما سيأتى، أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا)، غير ظاهر الوجه، كقوله بعد ذلک

فالمتجه حينئذ على الصحه عدم استحقاق الأجره، وإن لم يعر الثانى لعدم كونه مستحقاً عليه بعقد لازم، إذ فيه إن استحقاقه عليه بالعقد وإن لم يكن بلازم، مما اقتضى أن يكون مقابلاً لإعارته استحقاق الأجره على ما عرفت.

ثم قال فى القواعد: (لو قال: أعرتک الدابه بعلفها فهى إجاره فاسده تقتضى أجره المثل، وكذا أعرتک الدابه بعشره دراهم).

وفى جامع المقاصد: (التحقيق أن يقال: إن أراد المصنف بقوله فهى إجاره فاسده، أنها كذلک من حيث المعنى لكون المنفعه مقابله بعوض، ومن حيث الحكم باعتبار وجوب أجره المثل، إذ المالک لم يبذل المنفعه مجاناً، وامتناع معنى العاريه لانتفاء التبرع بالمنفعه الذى مدار العاريه عليه، فهو حق، وإن أراد لفظ العاريه مراد به الإجاره البته، ولا يقع على هذا العقد اسم العاريه الفاسده، فليس كذلک، ومن أين يعلم والأصل فى الاستعمال الحقيقه، نعم شبهه بالإجاره الفاسده أكثر، فلعل المصنف أراد هذا المعنى فيندفع الإشكال عن كلامه).

وما ذكره المحقق الثانى هو مقتضى القاعده، ولا يستشكل على ذلک بأن العاريه لو كانت صحيحه لم يلزم عليه شىء، فكيف يلزم عليه شىء بالعاريه الفاسده، لأنه لو كانت صحيحه لترتب العوض فليكن كذلک على الفساد، فيكون ما نحن فيه منطبقاً على قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، وهذا هو الذى اختاره الجواهر، وإن قال فى الأخير: وإن كان ذلک كما ترى، ولم يعرف وجه الإشكال فيه.

ثم لا يخفى أن الفرق بين المثالين فى كلام القواعد، هو أن المثال الأول ما إذا كان العوض والمده مجهولين، والمثال الثانى ما إذا كانت المده فقط مجهوله.

نعم قال فى مفتاح الكرامه: (لم يستجود فى التذكره كونها إجاره فاسده)، وفى كلامه بعد ذلک ما يقضى بأنها عاريه صحيحه، فقال: (له الانتفاع فيها بالإذن

ولا تضر الجهاله فی العوض ولا فی المده، لکونها من العقود الجائزه).

قلت: الجهاله لا تضر بعد کونها عاریه عرفیه، ودلیل الغرر غیر شامل لمثله حتی یکون منهیاً من قبل الشرع، فتشمله إطلاق أدله العاریه، أما وجه کونها عاریه صحیحه ففی المثال الأول لکون العلف غالباً علی المستعیر، فإن من یستعیر دابه من زید لیرکبها إلی بلد بعید أو نحوه، فإنه من الواضح أنه هو الذی یعلفها، فذکره فی العاریه لا یوجب البطلان.

وأما بالنسبه إلی المثال الثانی: فلما ذکرناه سابقاً من أن المجانیه مقتضی إطلاق العاریه لا مقتضی نفس عقدها حتی یکون الشرط خلاف مقتضی العقد، وإن کان محل تأمل، أو أن ذلک یکون إجاره لما قد ذهب فی الشرائع إلی جواز الإجاره بلفظ العاریه.

العقود تتبع القصود

وعلی أی حال، فإن قصد الإجاره فلا إشکال، لأن العقود تتبع القصود، والألفاظ المجازیه ونحوها جائزه علی ما ذکرناه فی بحث العقود، وإن قصد العاریه وقلنا إن المجانیه مقتضی العقد، بطلت عاریه وثبتت أجره المثل علی ما تقدم وجهه، وإن قلنا إن المجانیه مقتضی الإطلاق صحت عاریه ولزمت العشره أو العلف.

ثم إن المحکی عن التحریر: أنه لو قال: اغسل ثوبی، فهو استعاره لبدنه إن کان مما لا یؤخذ علیه أجره، وفیه: إن إطلاقه کونه عاریه محل تأمل، إذ العاریه تحتاج إلی القصد، ومثل هذا الشیء قد یقصد به العاریه وقد لا یقصد، بل عدم القصد فی أمثال ذلک هو المتعارف، فلا یقال: لمن قال لغیره: اکنس داری أو أحلق رأسی أو ما أشبه أنه استعاره، وإن کان یصح إعاره المعیر بدنه، لأن

الناس مسلطون على أنفسهم، ولم يمنع عن مثل ذلک الشرع، فيشمله إطلاق دليل العاريه.

لو أمر غيره بالعمل

قال في محکى المسالک: لما کان الأمر بالعمل يقتضي استيفاء منفعه مملوکه للمأمور متقومه بالمال وجب ثبوت عوضها على الأمر کالاستيجار معاطاةً، وقد شرط المحقق في لزوم الأجره أحد الأمرين، إما کون العامل من عادته أن يستأجر لذلک العمل، أو کون العمل له أجره في العاده، والعلامه اعتبر في لزومها کون العمل ذا أجره عاده خاصه، ويتخرج على ذلک صور أربع:

الأول: أن يکون العمل مما يکون له أجره عاده والعامل مما يستأجر لذلک، کما لو دفع إلى قصار ثوباً ليقصره، أو جلس بين يدي حلاق معد نفسه لذلک فحلق، فله الأجره على القولين.

الثاني: انتفاؤهما معاً ولا أجره عليهما، ولا فرق بين کون العمل حينئذ متقوماً بأجره وعدمه إذا لم يکن له في العاده أجره ولا أعد العامل نفسه لها.

الثالث: أن يکون العمل مما له أجره في العاده، ولکن العامل ليس من عادته الاستيجار له، فيثبت على القولين أيضاً لوجود الشرط وهو المذکور عند العلامه وأحد الأمرين عند المحقق.

الرابع: عکسه فتثبت الأجره عند المحقق دون العلامه، ومختار المحقق أوضح لما تقدم من أنه استيفاء عمل محترم بالأمر، فلا يحل بدون العوض إلّا بإباحه مالکه ولم يتحقق.

وقال في محکى الکفايه: ولا ريب في لزوم الأجره عند اجتماع الأمرين، وعدمه عند عدمهما، وقال في الثالث من الأقسام الأربعه: إن مقتضى القولين لزوم الأجره وللتأمل فيه مجال، وفي الرابع تثبت فيه الأجره عند غير العلامه.

أقول: الأصل احترام العمل مطلقاً، سواء كان من المسلم أو من غيره، وسواء كان ممن أعد نفسه لذلك أم لا، إلاّ إذا قصد العامل التبرع، أما قصد المستعمل التبرع فلا ينفع إذا لم يرض العامل، لأن عمل الإنسان لنفسه، وهو سعيه والسعى للإنسان، فلا يباح لغيره استحلاله من دون رضاه، سواء كان عمل الأُذن، كما إذا قال له: استمع هل أقرؤ الغلط أم الصحيح.

أو العين، كما إذا قال: انظر لا يسرق متاعى أو لا يتردى طفلى فى البئر أو لا يطير طائرى أو لا يهرب مديونى أو ما أشبه.

أو الأنف، كما إذا قال: شم هل الدهن أو العسل أو الدواء أو ما أشبه صحيح أو فاسد، أو صحيح أو أصح، أو فاسد أو أفسد.

أو اللسان، كما إذا قال: تكلم بالعقد أو ما أشبه.

أو الفم، كما إذا قال: امضغ الطعام للطير أو الطفل.

أو اليد والرجل، كما إذا قال: خذ هذا، أو اذهب إلى مكان كذا.

أو اللمس، كما إذا قال: المس الحرير هل هو ناعم أو خشن، أو الماء هل هو بارد أو حار، أو ما أشبه ذلك.

أو الفرج، كما إذا قال: إذا أدخلت (فى باب المحلل) كان لك كذا.

أو الكون، كما إذا قال: ابق هنا حتى يخاف السارق أو الطير من سرقه المتاع أو التقاط الحب.

بل أو الفكر، كما إذا كان فكره يوجب أمواجاً ينتفع بها كما يتعارف الآن فى بعض المدارس الحديثه، بل وكذا إذا قال له: تفكر فى حل هذه المسأله، فإذا وصل فكرك إلى شىء أعطيك كذا، فإنه أيضاً يعدّ من عمل الإنسان المحترم.

قال المحقق القمى: تحقيق المقام أن عمل شخص لآخر من دون مطالبه العمل والأمر به لا يقتضى عوضاً، لأصاله براءه ذمه الطالب، وذلك كالهبه المطلقه فإنها لا تقتضى الثواب مطلقاً على الأصح، وكذلك إن طلب منه طالب ولم يشترط

المطلوب منه العوض، كمن التمس من غيره أن يهب له شيئاً ووهبه، إلاّ إذا فهم من المقام رضى الطالب بذلك وحصل التراضى، فالعمده بيان موضع التراضى.

فمن مواضعه التصريح بذلك ولا إشكال فيه، ومن مواضعه كون العامل ممن يكون عادته أخذ الأجره على ذلك العمل، سواء كان نفس العمل مما يؤخذ عليه الأجره كالغسال والقصار والحلاق، أو لم يكن كذلك، ولكن أعدّ نفسه لذلك مثل أن يحتاج رجل أعمى فى معرفه زوال النجاسه من بدنه حين غسلها، أو المبصر فى المواضع الذى لا يراه من بدنه، فيقول للآخر: انظر إلى هذا الموضع، هل زال النجاسه أم لا، فإن مجرد هذا النظر لا يعدّ فى العرف مما يكون له أجره، بخلاف ما لو أعد شخص نفسه لذلك وجلس عند ميضات الناس ليأخذ الأجره على ذلك لو اتفق إليه حاجه، فيظهر الثمره ويصح القول بأن له أجر مع أنه ليس مما يؤخذ عليه الأجر عاده.

نعم يصح أن يجعل ذلك من قبيل ما له أجر عاده فيما لو آجره غسال أعمى ليراقبه فى ذلك، وذلك لأن العمل حينئذ مجموع النظرات التى حصله الغسال فى طرز يوجه لذلك، فهو خارج عما نحن فيه، ومقصودنا بيان أن كل نظر منه بكل شخص يحتاج إليه هل هو مما يؤخذ عليه الأجره أم لا، فنحن نقول بكفايه إعداد نفسه لهذا العمل لكل واحد من المحتاجين أيضاً، ويكفى فى لزوم الأجره، بخلاف مختار العلامه، والظاهر أن من أعدّ نفسه لأخذ الأجره على كل عمل يرد عليه أيضاً من قبيل إعداده نفسه لعمل خاص.

ثم إن ذلك يشمل ما لو طلب لفظاً وقال: اغسل ثوبى أو قصّر كرباسى أو انظر إلى موضع النجاسه، أو بغير اللفظ، مثل أن يجلس بين يدى الحلاق المعد نفسه لذلك مع كشف رأسه له، وهذا يكون من باب المعاطاه فإنه لا يجوز فى

المعاطاه أيضاً تصرف أحدهما فى مال الآخر بلا عوض، إلى آخر ما ذكره.

ومما تقدم يظهر بعض مواضع التأمل فى كلامه، كبعض مواضع التأمل فى كلام المحقق والعلامه والسبزوارى.

ثم إنه قد علم مما تقدم أن الأمر قد يكون على نحو الإجاره والأجره، وقد يكون على نحو التبرع، وقد يكون على نحو العاريه.

ص:۳۳۵

مسأله ۲۴ : أهليه المستعير

(مسأله ۲۴): فيها فروع ذكرها القواعد:

(الأول): قال: (وتصح من المستأجر)، أی تصح أن يعير المستأجر ماله من منفعه العين، سواء كانت العين داراً أو دكاناً أو بستاناً أو حيواناً أو إنساناً.

وعن التحرير والتذكره وجامع المقاصد ما ذكره القواعد، لكن عن الأخيرين: إلاّ أن يشترط الانتفاع بنفسه فيحرم.

أمّا ما ذكره جامع المقاصد من أنه إذا أعار حيث يجوز له يجب عليه أن لا يخرج العين من يده، ففيه تأمل، ولذا تأمل فيه مفتاح الكرامه إذا لم يشترط، وعن التذكره أن الموصى له بخدمه العبد وسكنى الدار يجوز لهما أن يعيراهما.

ومنه يعلم الحال بالنسبه إلى سائر من له الانتفاع غير المخصص بنفسه، كما إذا كان له الانتفاع بالموقوف أو بالمنذور أو بالمصالح عليه أو بالموهوب أو ما أشبه ذلك، فإن الجميع من واد واحد فتشملها أدله العاريه فی غير صوره التخصيص.

(الثانی): قال فی القواعد: (يشترط فی المستعير أن يكون أهلاً للتبرع عليه)، ونقله مفتاح الكرامه عن التذكره والتحرير، لأن من الأعيان ما لا يجوز لبعض الناس الانتفاع بها فلا تجوز إعارتها لهم، وذلك مثل الكافر يستعير عبداً مسلماً أو أمهً مسلمهً كما فی بيع جامع المقاصد والمسالك، وفی بيع التذكره ونهايه الأحكام تجوز إعارته وإيداعه، إذ ليس ذلك ملك رقبه ولا منفعه ولا حق لازم، ونحو ذلك ما فی بيع الإيضاح، وفی بيع الكتاب أن الأقرب جواز الإيداع له والعاريه عنده.

أقول: إذا عد ذلك سبيلاً لم يجز وإلاّ جاز، ولعل الموارد مختلفه، فقد قال

سبحانه: (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)((۱)).

لكن ربّما يقال بالجواز مطلقاً، لأن العاريه ليست أسوأ من الاستيجار، بل إذا جاز الاستيجار جاز الاستعاره بطريق أولى، لأن عقد الإجاره لازم، بخلاف عقد العاريه.

وفى حديث: إن الإمام أمير المؤمنين (عليه الصلاه والسلام) كان يعمل لبعض أهل الكتاب.

والظاهر أنه لا يجوز إعاره المصحف الشريف للكافر، لنهى النبى (صلى الله عليه وآله) أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو مخافه أن يناله العدو((۲))، إلّا أن لا يكون ذلك تسليطاً للكافر على الكتاب، وإنما يعيره الكتاب المقدس ويكون بيد وكيله المسلم.

وربما يحتمل جواز ذلك حتى بالنسبه إلى الكافر إذا لم يكن موضع إهانه، لأن النبى (صلى الله عليه وآله) كان يكتب إلى الكفار الكتب، ويصدرها ببسم الله الرحمن الرحيم، ولا فرق بين جزء القرآن وكل القرآن، كما أن النقود فى البلاد الإسلاميه كانت تضرب وعليها بعض آيات القرآن الحكيم، ومع ذلك يتناولها الكافر والمسلم، كما هو معروف من غير نكير من أحد من المسلمين.

بل قد ورد فى بعض التواريخ: إن السكه ضربت فى زمان الأمويين بإشاره من الإمام الباقر (عليه الصلاه والسلام) كما فى حياه الحيوان للدميرى وغيره.

وعلى أي حال، فلا شك فى أن الاحتياط فى الترك، وحيث قد ذكرنا المسأله مفصلا فى كتاب المكاسب، لا داعى إلى تكرارها هنا.

۱- النساء: الآيه ۱۴۱

۲- الدعائم: ج۱ ص۳۴۸

وعن التحرير: أما استعاره أحاديث النبى (صلى الله عليه وآله) وأحاديث أهل بيته المعصومين (عليهم السلام) فإنها مبنيه على جواز شرائهم لها.

ثم إن مفتاح الكرامه قال تعليقاً على كلام العلامه فى التحرير: (قد استشكل فى ذلك أيضاً فى بيع التذكره ونهايه الأحكام، وجوّز ولده فى شرح الإرشاد بيع أحاديث النبى (صلى الله عليه وآله) لهم، وعن المحقق الثانى أنه فى حكم المصحف).

أقول: ويأتى فى المقام الكلام الذى ذكرناه فى المصحف، وقد ذكرنا فى كتاب المكاسب أيضاً تفصيل ذلك، وممّا يؤيد الجواز أيضاً هو كتابات الرسول (صلى الله عليه وآله) إلى الكفار، مع أن الكتاب كان حديث الرسول (صلى الله عليه وآله) بلا شبهه، اللهم إلاّ أن يقال: إن ذلك كان من باب الاضطرار وتقديم الأهم على المهم، لكن الجواز لا يخلو عن قرب.

(الثالث): قال فى القواعد: وشرطه أن يكون منتفعاً به مع بقائه، كالثوب للّبس، والدابه للركوب، والأرض للزرع والغرس والبناء، دون الأطعمه، فإن منفعتها فى استهلاكها.

لكن مقتضى القاعده أن الأطعمه إذا استعيرت لا للاستهلاك، وإنما للإراءه ونحوها جاز ذلك، لصدق العاريه فتشملها الأدله، ولذا قال فى مفتاح الكرامه فى تفسير كلام جامع المقاصد بالنسبه إلى الذهب والفضه وما أشبه: (معنى كلامه أنه إذا صرح فى الإعاره بالمنفعه الضعيفه بأن يقول: أعرنيها لأتزين بها أو لأرهنها أو لأجذب قلوب الناس إلى معاملتى والركون إلى، حيث يجعل تلك المنفعه مقصداً عظيماً له وإن ضعفت، انتفت المنافاه).

ثم قال مفتاح الكرامه: (وقد نبّه على ذلك كله فى التذكره، لكن يرد عليه أن ذلك يجرى فى إعاره الأطعمه والأشربه والحنطه والشعير وغير ذلك).

نعم الظاهر أنهم أرادوا بإعاره الأطعمه والأشربه والحنطه والشعير الإعاره لأجل صرفها وإفنائها، لا مثل ما ذكره مفتاح الكرامه، فكلامه وإن كان صحيحاً، لكنه لا ينقض به عليهم.

(الرابع): قال في القواعد في مسأله إعاره الجدار لوضع الخشب: لو انهدم الحائط أو أزال المستعير الخشب باختياره أوبإكراه أو انقلعت الشجره لم يملك إعادته، سواء بنى الحائط بآلته أوبغيرها ما لم يجدد له الإذن.

أقول: قد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب الصلح، ومنه يعلم أن مقتضى العاريه إن كان الأعم من الأصل والجديد لم يكن بالتجديد بأس، وإلا لم يجز التجديد إلّا بتجديد الإذن كما هو مقتضى القاعده، ولو شك في إطلاق العاريه كان الأصل العدم.

وجوب رد العين مع الطلب

(الخامس): قال في القواعد: يجب رد العين مع الطلب والمكنه، فإن أهمل ضمن.

أقول: ماذكره هو مقتضى القاعده، وقد أشرنا إليه في ما تقدم، وإنما الكلام هنا في أنه هل يجوز له التأخير إلى الإشهاد أو نحو ذلك مما يوجب عدم تضرره في المستقبل، الظاهر ذلك، لقول النبي (صلى الله عليه وآله): «رحم الله امرئً عمل عملاً فأتقنه»(1)، منضماً إلى أنه دفع ضرر، والحكم الضرري منفي بدليل «لا ـ ضرر»، وحيث قد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب الوديعه فلا حاجه إلى تكراره.

ثم إن مفتاح الكرامه قال: (ومؤنه الرد هنا على المستعير، كما في التذكره وغيرها، لأنها نوع من المعروف، فلو كلف المالك مؤنه الرد امتنع الناس من الإعاره).

۱- انظر الوسائل: ج۲ ص۸۸۳ باب ۶۰ من أبواب الدفن ح۱ و ۲

ولا يخفى ضعف الدليل المذكور، وإن كان الحكم كما ذكروه، وإنما الدليل هو اقتضاء العاريه ذلك إلاّ إذا كان شرط على خلاف ذلك، سواء كان الشرط لفظياً أو مستفاداً من قرائن الحال أو المقال.

(السادس): قال فى القواعد: والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعه كالمستعير من المالك.

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعده لوحده الملاك فى البابين، لكن ذلك إذا لم يشترط عليه استيفاءها بنفسه كما قيده بذلك جامع المقاصد.

ثم قال جامع المقاصد: والظاهر أنه لا ـ يجوز له تسليم العين إلاّ ـ بإذن المالك وهو كما ذكره، والمراد بالإذن الأعم من الإذن الصريح أو الإذن بشاهد الحال.

وفى صحيحه على بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام)، فى رجل استأجر دابه فأعطاها غيره فنفقت فقال: «إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن، وإن لم يسم فليس عليه شىء»((١)).

وقد حملها فى إجاره جامع المقاصد على ما إذا كان هناك إذن، أو على ما إذا لم تخرج من يده، كما إذا أركبه إياها وهى فى يده، تمسكاً بعموم تحريم مال المسلم إلاّ ـ عن طيب نفسه إلاّ ـ أن يوجد المخصص، وهو كما ذكره، فإن الظاهر أن الموجر والمستأجر لا ـ يقصدان الخصوصيه، أما إذا قصدا الخصوصيه لم يجز ذلك، ومثل الدابه غيرها من الدار والدكان والبستان والحمام والكتاب واللباس وغير ذلك، لوحده الملاك فى الجميع.

(السابع): قال فى القواعد: ولو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين وله أجره المثل، وفى مفتاح الكرامه: كما فى التذكره والتحرير والمختلف

١- الوسائل: ج١٢ ص٢٥٧ الباب ١٧ من أبواب الإجاره ح٣

وجامع المقاصد ومزارعه المبسوط والشرائع والإرشاد وجامع المقاصد والروض والمسالک ومجمع البرهان والکفایه والسرائر فیما حکی عنها.

أقول: هو مقتضی القاعده، لأن المتصرف یدعی العاریه والأصل عدمها، ولیس المقام من قبیل ادعاء المالک الإجاره والمتصرف العاریه حیث قد تقدم التحالف، لأن المالک لا یدعی شیئاً وإنما قوله موافق للأصل، بل المتصرف یدعی فعلیه البینه، لکن عن الشیخ فی الخلاف أن القول قول المتصرف، لأن المالک یدعی علیه عوضاً والأصل براءه ذمته منه، وربما أید ذلک أیضاً بأن الأصل فی فعل المسلم الصحه، وأنه لا یفعل شیئاً مخالفاً للشریعه، ولکن لا یخفی علیک ما فی الدلیلین.

إذ یرد علی الأول: إن المهم فی الدعوی المصب لا المآل، کما ذکرناه فی کتاب القضاء وغیره.

ویرد علی الثانی: إن الأصل فی فعل المتصرف الصحه معارض بکون الأصل فی قول المالک الصحه أیضاً، لأنه لا فرق فی مثل هذا الأصل بین القول والفعل، وإذا تساقطا کان المرجع عموم «البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر»، بالإضافه إلی أن جریان أصل الصحه فی فعل المتصرف غیر ظاهر.

ومنه یعلم وجه النظر فیما ذکره فی التذکره دلیلًا لکون القول قول المتصرف بأن الظاهر من الید أنها بحق.

قال فی مفتاح الکرامه: وأغرب فیها فی باب المزارعه فقال: إن القول قول المتصرف وعلیه الأجره والأرش وطم الحفر وله إزاله الزرع، وفی جامع المقاصد: إنه سهو قطعاً.

ومما تقدم ظهر أن قول القواعد: ولو ادعی المالک الغصب إلخ، لا یرید

أنه مدع، بل أراد أنه (قال) بقرينه قوله: صدّق مع اليمين.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا بعّض المالك فقال: إنه كان إلى شهر عاريه وبعد شهر الغصب، إذ لا فرق بين أن يدعى أن بعد الشهر كان الغصب، أو أن يدعى أنه من الأول كان غصباً، إلى غير ذلك من صور التبعيض.

لو اختلفا فى إجاره الذهب وإعارته

(الثامن): قال فى القواعد: ولو ادعى استيجار الذهب وسوغناه بعد التلف، وادعى المالك الإعاره، فإن اتفقت الأجره والقيمه أخذها المالك بغير يمين، وإن زادت القيمه أخذها باليمين.

وعن التحرير وجامع المقاصد موافقته، وقد عرفت أن أمثال المقام من باب التحالف، لادعاء كل واحد منهما شيئاً خلاف ادعاء الآخر، وليست الدعوى من قبيل المدعى والمنكر.

وفى مفتاح الكرامه قال: (والوجه فى الأول أعنى اتفاق الأجره والقيمه ظاهر، لأن ذلك القدر لازم على كل من التقديرين ولا محصل للاختلاف، وفى الثانى أن المالك إذا حلف على نفى الإجاره انتفت فتكون العين حينئذ مضمونه على القابض فيجب قيمتها حيث تلفت، وإنما ذكر تسويغ استيجاره لأنه لم يصدق بيانه، وقوله بعد التلف متعلق بقوله ادعى).

ثم قال القواعد ممزوجاً مع مفتاح الكرامه: (وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين، أى إذا أدى ذلك قبل تلف العين انتزعها المالك إذا حلف على نفى الإجاره ولا عوض للمنفعه المستوفاه بإقراره بالعاريه، وإن وجب على مدعى الاستيجار أجره مده كون العين فى يده بزعمه).

وهو كما ذكراه، لكن على المتصرف إذا علم أنه المحق بينه وبين الله إيصال الأجره إلى المالك، لأن دعواه العاريه لا يسقط حقه، وليس ذلك من الإعراض،

نعم لو كان المتصرف شاكاً لم يجب عليه شيء بعد كون الإقرار حجه على المقر.

ومنه يعلم حال ما إذا كان المتصرف شاكاً، ولكن وارثه كان عالماً بأنه استيجار، فإنه يجب على الوارث إيصال الأجره إليه.

(التاسع): قال فى القواعد: (ولد العاريه المضمونه غير مضمون).

وفى مفتاح الكرامه: (هذا خاص بما إذا كانت مضمونه بالاشتراط فيما يؤثر فيه الشرط، لا كولد الصيد المحرم وشبهه، ووجه عدم ضمانه أن الإذن فى إثبات اليد عليه مستفاده من فحوى عاريه الأم وليس داخلاً فى العاريه، ولا فرق بين كونه منفصلاً أو حملاً، ويجيء على قول الشيخ أن الحمل جزء من الأم ضمانه) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أن العاريه لو كانت شامله لهما فلا ضمان فيهما، وكذا إن كان الأم من باب العاريه والولد من باب الوديعه، أما فى غير هاتين الصورتين فمقتضى «على اليد» الضمان، لأن الإذن فى إثبات اليد لا يخصص دليل اليد.

ومنه يعلم حال ما إذا كان حيوانان توأمين سواء متصلاً أو منفصلاً، فإن أعار أحدهما يأتى فى صنوه الكلام فى الولد، وكذلك فى كل أمرين متلازمين.

(العاشر): قال فى القواعد: لو رده إلى من جرت العاده بالقبض كالدابه إلى سائسها لم يبرأ.

أقول: مراده أنه لو رد العاريه إلى من جرت العاده بقبضه لها كما فى مفتاح الكرامه، ووجه ذلك ظاهر، لأن اللازم أن يكون الرد إلى المالك إلاّ إذا كان تصريح أو قرينه حاليه أو مقاليه من المالك بالرد إلى الأعم.

ومنه يعلم أن قول أبى حنيفه: إذا ردها إلى ملك المالك صارت كأنها

مقبوضه لأن رد العوارى فى العاده تكون إلى أملاك صاحبها، إن أراد ما ذكرناه صح وإلا لم يكن تاماً، وكأنه فهم منه التذكره الإطلاق ولهذا غلطه ونقض عليه برد السارق المسروقه إلى الحرز.

ومنه يعلم عدم الفرق فى أن يكون أخذ الدابه منه أو من وكيله وسائسها.

ومثل الدابه غيرها فى هذا الحكم من الكتب والألبسه والأثاث وغيرها، وحتى غير المنقول أيضاً، كما إذا تسلم المستعير الدار من وكيل المعير، وأوضح من ذلك إذا تسلمها من الغاصب، فإنه لا يحق له أن يرجعها إليه، وكذلك إذا تسلمها من وكيل المعير ثم عزل، أو وليه ثم سقط عن الولايه، إلى غير ذلك من الأمثله.

ص:۳۴۴

مسأله ۲۵ : لو أعطى أرضًا لغيره للبناء أو الزرع

(مسأله ۲۵): فيها فروع:

(الأول): لو أعار ممراً لإنسان حق له فسخ العاريه، وإذا مات ولم يفسخ حق لوارثه الفسخ، سواء كان ممر ذلك الإنسان منحصراً بذلك الممر أو غير منحصر، لأن مقتضى العاريه جواز الفسخ على ما عرفت، وقد أشار إلى ذلك المحقق القمى.

نعم لو جعل العاريه لازمه شرطاً فى ضمن عقد لازم ونحو ذلك، لم يكن له الفسخ بدليل «المؤمنون عند شروطهم»، ولو لم يعلم وارث المالك هل حقه فى المرور من باب العاريه، أو من باب الإباحه، أو من باب شرط، أو إجاره أو ما أشبه، فالظاهر أن له حق الفسخ، لأن لزومه منفى بأصل العدم.

نعم لو اختلفا كان كما تقدم فى مسأله الاختلاف فى الإجاره والعاريه، حيث يكون من موضع التحالف، وبعد التحالف يكون الحق لصاحب الممر.

ولا فرق فى ذلك كله بين أن يكون الممر إلى الدار أو الدكان أو الحمام أو البستان أو الماء أو غير ذلك.

ولو كان المستعير باع داره أو دكانه أو ما أشبه فيما إذا كان الممر عاريه وكان المشترى جاهلاً بذلك حق له الفسخ لأنه عيب، وإن لم يسترجعه المعير، أمّا إذا لم يكن للمعير الحق فى الاسترجاع فإن دخل المشترى على أن الممر ملك للبائع حق له الفسخ أيضاً لأنه ليس بملكه، وأمّا إذا دخل على أن يكون له المرور فحسب فلا حق له فى الفسخ.

(الثانى) لو أعطى إنسان أرضاً لغيره ليبنى فيها أو يزرع أو ما أشبه فبنى وزرع ونحو ذلك، ثم إن المعطى للأرض يريد إخراج المتصرف، فإن كان الإعطاء بعنوان الصلح أو البيع أو ما أشبه من العقود اللازمه لم يحق له ذلك.

وأمّا إذا كان بعنوان العاريه حق له ذلك، على ما تقدّم تفصيله فى بعض

المسائل السابقه، وحكم وارث مالك الأرض حكم المالك، كما أن حكم وارث المتصرف حكم المتصرف، كما ألمع إلى ذلك المحقق القمى.

(الثالث): لو لم يعلم المستعير إطلاق العاريه فى أن يتصرف فيها كيف شاء أو يتصرف فيها فى شىء خاص، كما إذا استعار الدابه ثم شك فى أنه كانت العاريه لأجل الركوب أو الأعم منه ومن الحمل، فالظاهر أنه لا حق له فى التعدى عن القدر المتيقن، لأنه تصرف فى ملك الغير لم يعلم إجازته له، فالأصل العدم، وكذا لو علم بأن العاريه شملت شهراً من الزمان أو قدراً خاصاً من المسافه وشك فى الزائد فالأصل عدم التصرف فيها فى التفاوت الزمانى أو المكانى.

ومنه يعلم أنه لو كان بين الشيئين المتردد بينهما عموم من وجه حق له التصرف فى الجامع لا ـ فى مادتى السلب، أمّا إذا كان الشك بين المتباينين، فالظاهر أنه لا يحق له أن يتصرف فى أى منهما إلّا أن يقال إنه من باب قاعده العدل يحق له التصرف فى نصفيهما لكنه مشكل.

(الرابع): هل يجوز استعمال العاريه إلى حد التلف، أو لا يجوز إلّا إلى حدّ يبقى للعاريه شىء من القيمه، احتمالان، بل قولان.

استدل الأول: بإطلاق دليل العاريه.

والثانى: بأن معنى العاريه رد العين بعد الانتفاع بها، ومع حصول التلف لا يمكن رد العين.

والظاهر أن عاريه العين لا تشمل إلى حد التلف، نعم قد يجيز المالك إلى حد التلف فيكون من انضمام الإباحه إلى العاريه، وذلك لا مانع فيه، وذلك كما إذا قال له: أعرتك الكتاب وأجزت لك أن تستعمله إلى حد التلف، أو ما أشبه ذلك.

(الخامس): مقتضى القاعده أن إرث ورثه المستعير للعاريه يتوقف على كون العاريه مطلقةً أو خاصه، ولو شك اقتصر على المورث لأصاله عدم جواز تصرف الوارث فيها، ولو كانت مطلقه ففى كيفيه الإرث أيضاً يتبع قدر إعاره المعير، فقد يكون الإرث بتساوى الذكر والأنثى، وقد يكون بالتفاضل، وهذا ليس من الإرث حقيقه كما هو واضح.

(السادس): قال المحقق القمى: إذا مات زيد عن بنت وابنتين وله دور، فسألت البنت إخوانها أن يسكنوها فى دار معينه من تلك الدور فأجابوها وقالوا إنه من مال أبينا وأبيك فاسكنى فيها، وقالت البنت لزوجها عمرو: هذه الدار لنسكن فيها فإن إخوانى أجازوا لى سكونها، فعمّرها الزوج وصرف فى عمارتها مالاً ـ كثيراً، فلما عمرت الدار ندم الإخوان ومنعوها عن السكنى ولم تزاحمهم أختهم فى ذلك، فكيف حال الزوج والمال الذى صرف فيها والعمل الذى عمل فيها.

ثم أجاب: إن هذه الإجازه من الإخوان لأختهم من باب العاريه فى قدر حصتهم، لجواز إعاره المشاع وكفايه مطلق اللفظ الدال على العاريه، لكونها من العقود الجائزه، فيكفى فيها لفظ اسكنى فيها، بل وقد يكفى الفعل الدال على الإيجاب، بل ربما قيل بكفايه حسن الظن بالتصديق بالانتفاع بماله فى تحقق العاريه، كما ذهب إليه العلامه فى التذكره وجماعه.

والظاهر أن مرادهم الاكتفاء بشاهد الحال فى تحققها، يعنى أن هذا إذن فى الانتفاع، وأما أن المعتبر فى شاهد الحال هل هو القطع أو يكفى الظن، فهو كلام آخر، والأحوط فيه اعتبار القطع، وليس المراد أن آيه سوره النور تدل

على ذلک بمفهوم الموافقه، إذ الانتفاع بالعين مع بقائها بحالها أسهل من أكلها وإتلافها، وعلى هذا فلا يتعدى مما ذكر فى الآيه من الأرحام وغيرهم، كما ظنه الشهيد الثانى فى الروضه، وذكروا من جمله ما دل عليه شاهد الحال جواز الأكل من الهدايا فى ظروفها، فكان ذلک من باب المعاطاه فى العاريه، وبالجمله لا ينبغى الإشكال فى كون قول الإخوان لأختهم اسكنى فى الدار من باب العاريه وتحققها به.

ثم إن العاريه لأحد يدل على جواز انتفاع أهله وعياله والضيف ونحو ذلک، فالعاريه لأختهم تدل على إباحه انتفاع زوجها أيضاً بالسكنى، ولكن الظاهر أن المستعير هذا إنما هو الأخت لا الزوج حتى يتفرع عليه أحكام العاريه فى حقه.

والظاهر أنّها داخله فى أمر الزوج بالعمل المقتضى لكون الأجره على الزوجه إذا لم يكن تبرع من الزوج فيجب على الزوجه أجرته، فإنه إمّا من باب الجعاله أو الإجاره المعلومه أجرتها بالعاده، كما أشار إليه المحقق الأردبيلى، أو الإجاره الفاسده المستلزمه لثبوت أجره المثل، ولا يضر فى ذلک كون الزوج عالماً بكون استحقاق الزوجه لذلک من باب الإعاره الجائزه حتى يقال: إنه أقدم على تفويت ماله لعلمه بأن للأخوه الرجوع، لأنه لم يقدم حينئذ على تفويت ماله مجاناً، بل إنما أقدم عليه لعوض هو إما سكناه فيه أو ذلک مع الإسكان الواجب عليه لزوجته، وأما الغرامه التى تأخذها الزوجه على فرض رجوع الأخوه عن الإعاره للبناء والعماره المستلزمه لخرج المال فيه وتستحقها على الإخوه، فإن ما يأخذها الزوج منهم فى عوض العمل، والمفروض أن العمل من الزوج بأمرها

ص:۳۴۸

المبتنى على العوض لا مجاناً، فإبراء الزوجه إخوتها عن ذلك تفويت لحق الزوج فعليها الغرامه.

أقول: إذا أمرت الزوجه زوجها بالعمل والصرف بدون علم الزوج بأنّها قابله للاسترجاع فلا إشكال فى ضمانها للعمل والصرف، إذ المتعارف فى مثل هذه الموارد أن الزوج إنما يصرف لا مجاناً.

نعم إذا كان الزوج صرف وعمل تبرعاً بدون توقع الأجره والعوض إذا فاته السكنى لم يكن له شىء، وإن كان مع علم الزوج ففى غرامه الزوجه احتمالان:

الأول: ما ذكره المحقق القمى فى كلامه المتقدم.

والثانى: عدم الغرامه، لأن الضرر توجه إلى الزوج من نفسه، حيث إنه أقدم على البناء فى مكان قابل للاسترجاع، فليس قول المحقق لم يقدم على تفويت ماله مطلقاً، بل خاص بهذه الصوره أى صوره عدم إقدامه مع التزام الزوجه بذلك.

ولو شك فى أى الأمرين فلا حق له فى الرجوع عليها.

(السابع): لو استعار الفحل للضراب فأخطأ مما أفرغ فى خارج الموضع فهل يجوز تكراره، الظاهر أنه تابع لقصد المعير، ولو شك فى قصده فالأصل عدم الجواز، هذا فيما إذا لم يكن ظاهر يؤيد هذا الطرف أو ذاك الطرف، وإلا فالظاهر هو المتبع.

إعاره الأب أو الجد

(الثامن): كما يصح إعاره الإنسان نفسه كذلك يصح إعاره الأب والجد الصغيرَ لولايتهما عليه فيما إذا لم تكن مفسده، فتشمله إطلاقات العاريه، نعم لا تصح إعاره غير الولى، فإذا أعار لم تكن من العاريه الفاسده، بل هو مثل إعاره الغاصب.

وفى روايه وهب، عن جعفر، عن أبيه: أن علياً (عليهم الصلاه والسلام) كان يقول: «من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن». وقال: «من استعار

حراً صغيراً فعيب فهو ضامن»((۱)).

وقد حمله الشيخ على من استعار بغير إذن المالک، وجوز حمله على من فرط، وعلى من شرط عليه الضمان، وذلک لإطلاق أدله عدم الضمان فی العاریه، ولعل السر أن الغالب أن المستعیر لا یهتم بالعبد والصغیر فیکون ممن فرط فیهما.

والظاهر أن القیّم الشرعی والوصی والحاکم ووکیله فی حکم الأب والجد بالنسبه إلی الصغیر.

وکذلک الحال بالنسبه إلی اعاره المجنون.

(التاسع): لا یبعد کراهه إعاره الخائن، فعن الجعفریات بسند الأئمه (علیهم السلام) إلی رسول الله (صلی الله علیه وآله) أنه قال: «ما أبالی ائتمنت خائناً أو مضیعاً»((۲)).

وعن الشیخ المفید فی الاختصاص، عن أبی حمزه الثمالی، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: «من عرف من عبد من عبید الله کذباً إذا حدث، وخلفاً إذا وعد، وخیانهً إذا ائتمن ثم ائتمنه علی أمانه کان حقاً علی الله أن یبتلی فیها ثم لا یخلف علیه ولا یؤجر»((۳)).

وروی الآمدی فی الغرر، عن أمیر المؤمنین (علیه السلام)، أنه قال: «ثلاثه مهلکه: الجرأه علی السلطان، وائتمان الخوان، وشرب السم»((۴)).

وقال (علیه السلام): «من علامات الخذلان ائتمان الخوان»((۵)).

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۸ الباب ۱ من کتاب العاریه ح۱۱

۲- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ الباب ۷ من أبواب الودیعه ح۱

۳- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ من أبواب الودیعه ح۲

۴- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ من أبواب الودیعه ح۳

۵- المستدرک: ج۲ ص۵۰۶ من أبواب الودیعه ح۳

(العاشر) لو أعار الصبى شيئاً فأتلفه فهل هو ضامن، احتمالان، من حديث رفع القلم((۱)) الشامل للوضعيات أيضاً إلّا ما خرج بالدليل قطعاً، ومن أن الضمان حكم وضعى كالنجاسه والطهاره وما أشبه فلا فرق بين البالغ وغير البالغ، وهذا أقرب.

ويؤيد عدم الضمان ما رواه دعائم الإسلام، عن أبى عبد الله (عليه الصلاه والسلام) أنه قال: «من أودع صبياً لم يبلغ الحلم وديعه فأتلفها فلا ضمان عليه».

نعم لا ينبغى الإشكال فى عدم ضمان الصبى غير المميز، وكذلك المجنون، بل من الواضح أنه لا تتحقق العاريه معهما.

(الحادى عشر): الظاهر صحه الإعاره والاستعاره بالنسبه إلى من لهم شخصيه حقوقيه، كالهيئه والجماعه والصندوق وما أشبه، لشمول الأدله بعد كونها عاريه عقلائيه، ومع تحقق الموضوع يشمله الحكم، والقول بالانصراف إلى الفرد قد ذكرنا ما فيه فى كتاب الحج وغيره، فإن الانصراف لو قيل به فهو بدوى.

(الثانى عشر): الظاهر صحه إعاره كافر لكافر الخمر أو الخنزير، وكذلك إعاره المخالف لمثله النبيذ، كما تقدم ذلك فى مسأله إعاره الطعام، أما إذا كان أحد الطرفين ممن لا يستحل فلا يجوز، بمعنى بطلان مثل هذه العاريه.

نعم إعاره المسلم للمسلم أو الكافر للمسلم أو بالعكس الخنزير لا ـ لأجل الأكل، بل لأجل المنافع المحلله كإداره الطاحونه ونحوها جائز، إذ لا دليل على المنع فيشمله إطلاق أدله العاريه.

ومنه يظهر صحه إعاره الكلب لمثل ذلك وللحراسه والصيد وما أشبه، أما الحيوانات غير النجسه أمثال القرد وما أشبه فإعارتها أوضح.

۱- الوسائل: ج۱۱ ص۲۹۵ من أبواب جهاد النفس ح۱، والخصال: ص۱۷۵ ح۲۳۳

(الثالث عشر): إعاره الحلال لمن يريد فعل الحرام معه إن كان على نحو الداعى صحت العاريه، وإن كان على نحو مصب العقد بطل، نعم فى الداعى يحرم العمل وإن لم تكن العاريه باطله لأنه من الإعانه على الإثم، كما إذا أعار سيفه لقتل مسلم، أو دابته لذهاب المستعير إلى المخمر أو المقمر أو المبغى أو ما أشبه، وصدق الإعانه وعدم الصدق عرفى، وقد ذكر الشيخ المرتضى (رحمه الله) كلاماً حول الموضوع فى مسأله بيع التمر لمن يصنعه خمراً، فإن المقام من ذلك الباب.

(الرابع عشر): لو أعار شريكان المال المشاع وشرط أحدهما الضمان دون الآخر، فتلف بعضه ضمن المستعير بقدر حصه المشترط دون غيره، ولو انعكس بأن أعار إنسان ماله لنفرين على النحو المشاع وشرط على أحدهما الضمان دون غيره، فإذا كان التلف من الضامن ضمن، وإذا كان من غيره لم يضمن، واذا جهل أن التلف من أيهما كان مقتضى قاعده العدل أن نصف التلف على الضامن.

لا تصح العاريه للوطى

(الخامس عشر): اختُلف فى عاريه المملوكه لوطيها، لكن فى روايتين عدم الجواز.

فعن دعائم الإسلام، عن الصادق (عليه الصلاه والسلام) كما فى مستدرك الوسائل، أنه سئل عن عاريه الفروج كالرجل يبيح للرجل وطى أمته، أو المرأه تبيح لزوجها أو لغيره وطى أمتها من غير نكاح ولا ملك يمين، قال جعفر بن محمد (عليهما السلام): «عاريه الفروج هو زنا، وأنا أبرؤ إلى الله ممن يفعله»((۱)).

وعن أحمد بن محمد بن عيسى فى نوادره، بسنده إلى أبى العباس، قلت: كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام)، فقال له رجل: أصلحك الله ما تقول فى عاريه

۱- المستدرك: ج۲ ص۵۹۸ الباب ۲۴ من أبواب النكاح ح۲

الفرج؟ قال: «حرام»(1).

ولعل هناك فرقاً بين العاريه والتحليل، أو أن الروايتين تحمل على التقيه أو ما أشبه ذلك، أما عاريه الحره فلا تجوز بالضروره.

وعن محمد بن قيس، عن أبی جعفر (عليه الصلاه والسلام)، فی حديث المدبره التی انعتق نصفها، قال: «إن الحره لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله»(2).

ومنه يعلم الكلام فی إعاره الأمه لغير الوطی مما لا يحل كالقبله ونحوها، أما إعاره الحره نفسها لذلك، كإعاره ولی الطفله أو الطفل لهما لذلك فلا شبهه فی حرمته، والله سبحانه العالم.

هذا آخر ما أردنا ايراده فی كتاب العاريه، والله المسؤول أن يتقبله بقبول حسن، وأن يجعله مورداً للفائده، والحمد لله رب العالمين، وصلی الله علی محمد وآله الطيبين الطاهرين.

وقد انتهی الكتاب فی يوم الخميس الثانی والعشرين من شهر محرم، سنه ألف وأربعمائه وخمسه من الهجره، بيد مؤلفه:

محمد بن المهدی الحسينی الشيرازی

قم المقدسه

ص:353

1- الوسائل: ج14 ص536 الباب 24 من أبواب النكاح ح1

2- الوسائل: ج14 ص545 و 546 الباب 41 من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح1

المحتويات

ص:۳۵۵

ص:۳۵۶

ص:۳۵۷

ص:۳۵۸

ص:۳۵۹

ص:۳۶۰

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِینَ یَعْلَمُونَ وَالَّذِینَ لَا یَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣۴۴٩٠١٢۵

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.